



**4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNU ÇERÇEVESİNDE
MEVZUAT DEĞİŞİKLİKLERİ
VE UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLAR**

VE

**4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU
UYGULAMALARI VE SORUNLAR**

İNTEŞ YAYINLARI
ISBN 978-605-60244-7-4
YAYIN NO: 27/2017-2

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

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

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

info@desenofset.com.tr

Yayın No: 27/2017-2

ISBN 978-605-60244-7-4

ANKARA

GİRİŞ

İNTEs'in 2003 yılından beri düzenlediği Çözüm Arama Konferanslarında, sektörün teknik konuları görüşülmüş, konferanslara yüzlerce konuşmacı katılmış ve gerçekleştirilen sunumlardan kamu ve özel sektörden binlerce katılımcı faydalanma imkanı bulmuştur.

Sektörün teknik konularının gündeme getirildiği kamu ihale mevzuatına ilişkin konular ise Çözüm Arama Konferanslarımızın önemli konularından birisini oluşturmuştur.

Bu konferanslardan birincisini 19 Nisan 2002 tarihinde düzenledik. Kurumun ilk üyeleri sektörümüz ile tanışmıştır. Hem sektörümüzün temsilcileri hem de Kurul üyeleri Kanun'un tanıtımını yapmıştır. Kamu İhale Kanunu'ndaki değişiklikler ve uygulamadan kaynaklanan sorunlar, farklı Çözüm Arama Konferanslarımızın da gündemini oluşturmuştur.

Sendikamız Yönetim Kurulu Üyeleri ve Kamu İhale Kurulu Üyeleri ile bir araya geldiğimiz ortak toplantılar düzenlemekteyiz.

2886 sayılı Kanun'daki aksaklıklar da dikkate alınarak hazırlanan 4735 sayılı Kamu İhale Kanun'un yayımlanmasından tam 14 yıl geçmiştir.

2003 yılında mevzuatın hazırlanma aşamasında İNTEs olarak yer aldığımız Kanun, Avrupa Birliği normlarına uyum yasaları çerçevesinde hazırlanmıştır. Temel felsefesi; saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi sağlayıcı temel ilkelerine dayanmıştır.

4735, reform niteliğinde bir Yasa olmuştur. Kanun'un amacı, kamu yatırım harcamalarında etkinliği önemli oranda artırılarak israfın önüne geçmektir. Kanun'u yönetmekle sorumlu kurum, Kamu İhale Kurumu, sektörün ihtiyaçlarını karşılayacak düzenlemeleri özenle uygulamaktadır. Değişikliklere yönelik sektörün önerilerini dinlemekte ve buna uygun düzenlemeleri hayata geçirmektedir.

Kamu İhale Kurumuna gerçekleştirmiş olduğumuz ziyarette, Kurum yöneticilerince sektör temsilcilerimizin yaşadığı sorunları geniş katılımlı bir toplantıda gündeme getirmek ve hem Kamu İhale Kurumu yetkilileri hem de yatırımcı kuruluşların uygulamadan kaynaklı sorunlarını görüşmek üzere toplantılar serisi düzenlenmiştir.

İşte bu amaçla 2017 yılında, kamu ihale mevzuatı uygulamalarına yönelik toplantı serisini başlattık.

Bu toplantılardan birincisi, 4 Mayıs 2017 tarihinde gerçekleştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Çerçevesinde Mevzuat Değişiklikleri ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar konulu toplantı ve ikincisi, 11 Mayıs 2017 tarihinde gerçekleştirilen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamaları ve Sorunlar konulu toplantı olmuştur.

Her iki konferansımıza da yatırımcı kuruluşlarımızın mensupları, sivil toplum kuruluşları yöneticileri, kamu ve özel sektörden uzmanlar katılmıştır.

Her iki toplantının tüm konuşma metinlerini ve soru cevap bölümlerini, kalıcı bir kaynak olması amacıyla kitap halinde ilgililerin dikkatlerine sunuyoruz.

4734 sayılı Kanun'un değerlendirilmesine ilişkin ilk toplantımızda; Kamu İhale Kurumu Başkanı Hamdi Güleç, DSİ Genel Müdürü Murat Acu, Karayolları Genel Müdürü İsmail Kartal, Altyapı Yatırımları Genel Müdürü Erol Çıtak ve Yönetim Kurulu Başkanımız Celal Koloğlu açılış konuşmaları yaparak kurumların görüşlerini yansıtan mesajlarını paylaşmışlardır.

Ardından panelist kurum temsilcileri, konularını teknik ayrıntıları ile değerlendirilmiştir.

Yönetim Kurulu Başkan Vekilimiz Deha Emral'ın açılış konuşmasını yaptığı ikinci toplantımız, iki oturum olarak gerçekleşmiş ve Kamu İhale Kurumu, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün uzmanları, akademisyenler ve hukuk uzmanları konunun farklı alanlarında çok önemli bilgiler paylaşmışlardır.

Toplantılarımızın program içeriklerinin oluşturulmasında Avukat-İnşaat Mühendisi Ali Rıza Yücel destek olmuş ve alanında önemli uzmanların toplantımıza katılmasını sağlamıştır. Oturum yönetimindeki başarısı ve paylaştığı bilgiler sayesinde toplantımızdan önemli çıktılar elde edildiğine inanıyoruz. Bu nedenle kitap halinde daha geniş bir kitlenin dikkatine sunduğumuz bu bilgilerin faydalı olacağını ümit ediyor ve katılımlarıyla bu kaynak kitaba katkı sağlayan tüm konuşmacılarımıza şükranlarımızı sunuyoruz.



4734 SAYILI
KAMU İHALE KANUNU ÇERÇEVESİNDE
MEVZUAT DEĞİŞİKLİKLERİ
VE UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLAR

4735 SAYILI
KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU
UYGULAMALARI VE SORUNLAR

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM

Elli Üçüncü Çözüm Arama Konferansı - 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Çerçevesinde

Mevzuat Değişiklikleri ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar Konferansı

Açış Konuşmaları

Celal Koloğlu: İNTES Yönetim Kurulu Başkanı

Murat Acu: Devlet Su İşleri Genel Müdürü

İsmail Kartal: Karayolları Genel Müdürü

Erol Çıtak: Altyapı Yatırımları Genel Müdürü

Hamdi Güleç: Kamu İhale Kurumu Başkanı

Oturumlar

Birinci Oturum

Şadiye Yalçın: Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü İçmesuyu Dairesi Başkanı

M. Şamil Kayalak: Altyapı Yatırımları Genel Müdür Yardımcısı

Kamuran Yazıcı: Karayolları Genel Müdürlüğü Program İzleme Dairesi Başkanı

Orhan Seçkin: Kamu İhale Kurumu Üçüncü İnceleme Dairesi Başkanı

H. Necati Ersoy: İNTES Genel Sekreteri, Sektör Görüşleri

Soru Cevap Bölümü

İKİNCİ BÖLÜM

Elli Dördüncü Çözüm Arama Konferansı - 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulamaları ve Sorunlar Konferansı

Açış Konuşmaları

Deha Emral: İNTES Yönetim Kurulu Başkan Vekili

Oturumlar

Birinci Oturum

Takdim

Ali Rıza Yücel: Oturum Başkanı - Avukat ve İnşaat Mühendisi

Av. Recep Yalçın: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Onursal Üyesi - Hakediş Düzenlenmesi ve Hakedişlere Yönelik Davalar

Prof. Dr. Korkut Özkorkut: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı -

Avans ve Kesin Teminat Mektupları

Doç. Dr. Ferhat Canbolat: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi -

İnşaat Sözleşmelerinde Eserin Teslimi ile Geçici ve Kesin Kabulün Hukuki Sonucu

Erkan Özdemir: Kamu İhale Kurumu Kamu İhale Uzmanı - Mücbir Sebep

Soru Cevap Bölümü

İkinci Oturum

Ahmet Çelik: İNTES Disiplin Kurulu Başkanı - Yüklenici Açısından Sözleşmeden Kaynaklanan Sorunlar

Şadiye Yalçın: Devlet Su İşleri İçmesuyu Dairesi Başkanı - Sözleşmelerden Kaynaklanan Sorunlar-Tasfiye ve Fesih

Ali Rıza Kıran: Karayolları Genel Müdürü Yol Yapım Dairesi Başkanı - Süre Uzatımı, Ödenek Aktarımı

Prof. Dr. Ziya Akıncı: İstanbul Tahkim Merkezi Başkanı - Fesih ve Sonrası Hukuki Sorunlar

İbrahim Baylan: Kamu İhale Kurumu Hukuk Hizmetleri Dairesi Başkanı - İhale Üzerindeki Uyuşmazlıklardan Kaynaklanan Yargı Kararları Üzerine Sözleşmenin Feshi

Soru Cevap Bölümü



1. BÖLÜM

ELLİ ÜÇÜNCÜ ÇÖZÜM ARAMA KONFERANSI
4734 SAYILI
KAMU İHALE KANUNU ÇERÇEVESİNDE
MEVZUAT DEĞİŞİKLİKLERİ
VE UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLAR
KONFERANSI

4 MAYIS 2017

AÇIŞ KONUŞMALARI



CELAL KOLOĞLU
İNTES Yönetim Kurulu Başkanı



MURAT ACU
Devlet Su İşleri Genel Müdürü



İSMAİL KARTAL
Karayolları Genel Müdürü



EROL ÇITAK
Altyapı Yatırımları Genel Müdürü



HAMDİ GÜLEÇ
Kamu İhale Kurumu Başkanı



CELAL KOLOĞLU

Sayın Başkanım, Sayın Genel Müdürlerim, Çok Kıymetli Bürokratlarımız Ve Sevgili Meslektaşlarımız; 53. Çözüm Arama Konferansımıza hepimiz hoş geldiniz. Sizleri Yönetim Kurulumuz adına saygıyla selamlıyorum.

Konferansımızda, Kamu İhale Kanunu'nda yapılan değişikliklere ve uygulamalarına yönelik konulara yer verdik. Değerli Başkanımız Hamdi Güleç ve Kurul üyelerimizin bizlere son derece duyarlı yaklaşıtlarını, her fırsatta görüş aldıklarını bu vesileyle ifade etmek istiyorum.

Bugün Kurum Başkanımız ve genel müdürlerimiz Konferansımızın açılış konuşmasını yapacaklardır. Öncelikle katılımları için kendilerine şükranlarımı sunuyorum. Çok yoğun bir çalışma dönemine girdiklerini de biliyorum.

Yatırımcı, düzenleyici ve denetleyici konumdaki kurumlar olarak sorunlarımızı paylaşmak çok büyük bir önem arz ediyor.

Değerli konuklar, yapım işlerinin kamu alımlarında önemli bir yeri bulunmaktadır. Bizler ekonomik kalkınmayı destekleyen yatırımlar gerçekleştiriyoruz. Bu nedenledir ki yapım

işlerimiz doğru bir şekilde ihale edilmeli ve kaliteli bir şekilde de tamamlanmalıdır. İstihdama katkısı ve beraberinde harekete geçirdiği alt sektörler, inşaat sektörünün önemini bugünlerde daha da artırmaktadır.

Sektörümüz gerçekleştirdiği kamu işlerinin ihale ve sözleşme aşamasında, mevzuat ve uygulamalarından kaynaklanan birçok sorunla karşılaşmaktadır. Sorunlarımızın çözümü, kamu projelerinin zamanında ve kaliteli olarak gerçekleştirilmesini sağlamak adına önemlidir. Bizler her zaman daha kaliteli ve büyük işler gerçekleştirmeye ve yapmaya hazırız, yeter ki önümüzdeki engeller olmasın ve sektöre yıllarını vermiş kurumlar olarak hevesimiz kırılmasın. Tabii, bu arada şunu da söylemeden geçemeyeceğim; icraatlar gerçekleştiren hükümetimiz, kendi planlarını ve programlarını uygularken yatırımlarının zamanında ve sektöre uğramadan yapılmasını istemesine rağmen, maalesef kanundaki ve sektördeki birtakım sorunlardan dolayı ihaleler zamanında neticelenmiyor, bir sene, iki sene ihale süreci devam eden ve davalık olan birçok ihaleyi hepimiz biliyoruz ve bilmekteyiz.

Konferansımızda üyelerimizden gelen görüşleri de detaylı olarak sizlere sunacağız. Sendikamıza şu ana kadar üyelerimizden gelen sektörün en önemli konu başlıkları şunlardır:

- Aşırı düşük teklifler,
- Sınır değer tespiti,
- İş denetleme ve yönetme belgeleri,
- Fiyat farkı uygulamaları,
- Yurt dışından elde edilen iş deneyim belgeleri,
- İhalelerde itirazlar ve yargı süreleri nedeniyle gecikmeler.

Bunların hepsi kamu ihale mevzuatına ilişkin en önemli konular ve başlıklardır.

Değerli Konuklar,

Fiyat farkının geçmişe ve geleceğe dönük şekilde çözüme kavuşturulması, işlerin aynı zamanda ihale edildikten sonra zamanında ve eksiksiz tamamlanması için önemli bir konu olduğunu da belirtmeden geçemeyeceğim.

İNTES'in çabaları ve talebiyle kurumumuz bir çalışma yapmış ve fiyat farkı konusunda kanun metni Meclisimize gelmiştir. Kanun'da fiyat farkı hesaplanması için birtakım uygulama metotları vardır ama idareler bunların en uygulanabilir olanı olarak TEFE, TÜFE artışlarını seçerek

uygulamaktadır. Hâlbuki bizim yaptığımız işlerin cinslerine ve nevilerine göre altyapı, üstyapı işleri veya çelik konstrüksiyon, tünel işlerinde malzeme fiyatları TEFE TÜFE artış oranları ile ölçülemeyecek derecede artmakta çok afaki farklar da olabilmektedir. Bunun çözülmesi önem arz etmektedir.

Tabii ki fiyat farkı için ve geriye dönük yapılması düşünülen fiyat farkı konusunun çözümünün, Meclisimizde kanun maddesi ile görüşülerek karara bağlanması gerekmektedir.

Değerli Konuklar

Başkanımız, genel müdürlerimiz, yatırımcı kurumlarımızın temsilcileri görüşlerini aktaracaklardır. Sektörümüzün değerli temsilcilerinin de karşılaştıkları sorunları yapıcı ve samimi bir şekilde aktarmalarını rica ediyorum.

Sizlerin katkıları toplantımızı zenginleştirecektir. Burada, şu anda Türkiye Cumhuriyeti'nin en büyük yatırımcı kuruluşlarının genel müdürleri de bulunmaktadır. Sayın genel müdürlerimizin de fikirleri ve söyleyecekleri muhakkak ki çok önemlidir. Bunların da dikkate alınarak gereğinin yapılmasını umut ediyorum.

Tabii ki Kamu İhale Kurumumuz da yatırımcı kuruluşlarımız da her şeye rağmen iyi niyetli düzenlemeler yapmak istemektedirler. Ama şu bir gerçektir ki önemli olan burada, bir konsensüsün sağlanıp ortak bir paydada çözüm bulmaktır.

Toplantımızın güzel sonuçlara ulaşmasını diliyorum. Katkıları ve katılımları için kurum, kuruluş ve sektör mensuplarımıza şükranlarımı sunuyor, saygılarımı arz ediyorum.



MURAT ACU

Aşırı düşük teklifler ülke kaynaklarının heba olmasına neden olmaktadır

Yapım işlerinin daha sağlıklı yürüyebilmesi adına, yapılması gereken ilk şeylerden biri, inşa edilecek işin temelini yani altyapısının sağlam atılmasıdır. Bu da planlama-proje çalışmalarının son derece sağlıklı yapılmasını gerektirmektedir. DSİ Genel Müdürlüğü olarak yılda binlerle ifade edilebilecek sayıda ihale gerçekleştiriyor ve milyarca lira para harcıyoruz. Bu parayı harcarken son derece titiz davranmak zorundayız. Ülkemizin en büyük yatırımcı kamu kuruluşlarından biri olan DSİ olarak hizmete aldığımız yapılar, ülke için son derece büyük önem taşıyan, 100-200 yıllık baraj, sulama, içme suyu ve arıtma tesisleridir.

İnşa ettiğimiz bu yapılar, aynı zamanda son derece maliyetli ve ülkemiz için hayati önem taşıyan tesislerdir. Bu sebeple bu yapıları inşa ederken son derece dikkatli olmak mecburiyetindeyiz. Bu konuda biz kurum yöneticilerinin üzerinde ciddi bir vebal bulunmaktadır.

DSİ Genel Müdürlüğü'nde ihale süreçleri, planlama-proje aşamasından başlıyor. Planlama ve proje aşamalarında, ilk inceleme ve done toplamayı kurumun kendisi yapmalıdır. Kurumun

kendisi done toplama işlerini yaptığında, inşaat işlerinin daha sağlıklı olacağı kanaatindeyim. Yaşadıklarımız, tecrübelerimiz planlama-proje aşamasında yapılacak hataların bizlere işin ikmaline kadar olan süreçte, yani 4-5 yıllık süre zarfında, ciddi sıkıntılar yaşattığını göstermiştir. Planlama ihalesine düşük teklif veren ve işi alan firma, gerekli çalışmaları yerine getiremiyor. Sondaj çalışmaları, harita alımları, kamulaştırmalar eksik yapılıyor. Bu verilerle işin yapım ihalesine çıkılıyor, işi alan firma, bu planlama ve proje çalışmasına göre işi alıyor neticede. Böyle olunca da projelerdeki revizyonlar nedeniyle iş bitmiyor, bitse de çok zorlanarak ilerliyoruz. Bunun çözüm yolu, tekrar tekrar ifade ediyorum, done toplamayı bizim yapmamız ve akabinde de planlama ve projeyi, uzman kuruluşlara bu projecileri yaptırmamızdan geçmektedir.

Planlama ve proje çalışmalarından sonra kurumumuzca yapılan inşaat ihalelerine geçtiğimizde ise ihalelerde sınır değer hesabında kullanılan "N" katsayısını 1.20'den 1'e düşürdük. Gerçekleştirilen yapım ihalelerimizde, işin miktarından bağımsız olarak ihale dokümanı satışlarında %25'e varan düşüş olmasına rağmen teklif veren istekli sayısında önemli bir değişiklik olmamıştır. Bunun sebebi, mali ve teknik açıdan basiretli yüklenicilerin bilinçsizce teklif veren yüklenicilere karşı rekabet edebilirliğinin artmasıdır. Katsayı 1,20 iken sınır değerlere yakın tekliflerle sözleşme imzalayan yükleniciler, sınır değerlerin altında kalması ihtimaliyle tekliflerini daha makul seviyelere çekmeye başlamışlardır. İhale indirim oranlarında %15 civarı azalma görülmektedir. N katsayısının 1,20' den 1,00 'a düşürülmesiyle sağlanan uygun teklif ve nitelikli yüklenicilerle işlerin üzerindeki fesih/tasfiye riskleri nispeten azalmış, imalat kalitesinde artışın önu açılmıştır.

"Fiyat dışı unsur" uygulaması başlatılmıştır. Bunun da yapım ihalelerine ciddi katkı sağlayacağını düşünüyorum. İşin kapsamına göre işin devamı sırasında büyük değişkenlik gösterebilecek olan kazı, dolgu, enjeksiyon yapılması vb. altyapıya ilişkin iş kalemlerinin belirlenmesi, işin niteliğine göre ilk önce ve en son yapılması zorunlu iş kalemlerinin belirlenmesi, belirlenen iş kalemlerinin yaklaşık maliyetteki oranlarının hesaplanması gibi son derece önemli kalemleri doküman hazırlama aşamasında belirledik. Fiyat dışı unsur uygulamasında, en az planlama-proje

aşamasındaki hassasiyet kadar dikkatli olunması gerektiğini düşünmekteyim.

Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazın şikâyet başvurularının incelenme boyutu önemli bir husustur.

Son zamanlarda başvuru sahipleri, ihalelerin baştan incelenmesi yönünde dayanağı olmayan ya da olabileceği öne sürülen iddialarla kuruma başvurmaktadır. Müspet verilere dayanmayan ve ihale sürecini tekrar başa döndürmeye yönelik bu tür iddialar için dayanak sunmayan başvuru sahiplerinin incelemeye alınması zaman kaybına ve yatırımın gecikmesine sebep olmaktadır. Bu itibarla şikâyete sebep olan uygulama dışındaki müspet olmayan iddiaların reddedilmesi gerekmektedir.

Karşılaştığımız önemli konulardan biri de ihale sırasında yapılan manipülasyonlardır. Manipülasyonlardan kastım, sınır değer ile oynanmasıdır. O manipülasyonun önüne geçmek zor yani bunu adli olarak veya şikâyet olarak yapmak yıpratıcı bir süreci beraberinde getiriyor.

Kurumsal olarak bizim, şu anda en fazla sıkıntı yaşadığımız konu ihale süreçlerinin çok fazla uzaması. Dengeli fiyat yapmak için fiyat dışı unsur uyguladığınız zaman bunu abartmamak lazım. Bu konuyu da disipline almaya yönelik çalışmalarımız bulunmaktadır.

Fiyat anlaşmazlıkları, önemli bir konu başlığımızdır. Sözleşme tatbikat aşamasında yaşanan fiyat anlaşmazlıkları var. Bunun da masaya yatırılması gerekmektedir. Tatbikat aşamasında yaşadığımız en büyük problemlerden bir tanesi bu.

İş denetleme belgeleri, son derece önemli bir konumuz. İş denetleme belgesi olanın direkt sorumluluk sahibi olması lazım. Her işten direkt sorumluluk sahibi olması lazım. Başkasının belgesi ile işe girmek son derece yanlış bir yöntem. Teknik olarak belge sahibinin direkt işten sorumlu olması lazım. Bu da bizim karşılaştığımız önemli sıkıntılardan biri. Çeşitli şekillerde elde edilen belgelere dayalı olarak alınan yeterliliklere sahip olanlar, ihalelerde gerçek ve yapılabilir fiyatı temsil etmeyen aşırı düşük tekliflerde bulunmaktadır. Bu ise ihalelerin aşırı düşük bedellerle sonuçlanmasına neden olmaktadır. Bu durum, işlerin kaliteli ve süresinde bitmemesine neden olduğu gibi ülke kaynaklarının heba olmasına da yol açmaktadır.



İSMAİL KARTAL

Sayın KİK Başkanı, İNTES'in Değerli Başkanı, Kamu ve Özel Sektörün Çok Değerli Temsilcileri, Çok Değerli Katılımcılar;

Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası İNTES'in kamu-özel sektör ilişkilerini düzenleyen Kamu İhale Kanunu'nda yaşanan değişiklikler ve sorunların çözümüne yönelik organize ettiği bu konferansta sizlerle olmaktan memnuniyetimi belirtiyor, hepimizi saygıyla selamlıyorum.

Bildiğiniz üzere, Karayolları Genel Müdürlüğü 6001 sayılı Kanun'la yönetilen özel bütçeli bir kurum olup, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yer almaktadır. Teşkilatımız, kamu yararı gözeterek gerçekleştirilen çalışmanın önemli bir bölümünü yükleniciler vasıtasıyla yürütmektedir.

Sektörün önemli yatırımcı, düzenleyici ve denetleyicisi olarak son beş yılda Karayolları, yatırım çalışmaları için 2017 yılı fiyatlarıyla yıllık ortalama 20 milyarın üzerinde bir harcama yapmıştır. Bütçe olarak Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığımızın %65'ini, yine devletin ise %35 ödeneğini kullanmaktadır.

Merkez ve taşrada tüm ihalelerimizin tek elden yönetilmesi ve uzman kadroların oluşması için 2011 yılında daire başkanlığı ve taşrada baş mühendislik seviyesinde yeniden yapılandık. Bugün geldiğimiz

noktada ise kurumumuzun sorumluluğunda yürütülen yol çalışmalarında doğrudan istihdam edilen personel sayısı 100 bin civarında olup bunun sadece 25 bini Karayolları Genel Müdürlüğü çalışanı, geriye kalan ise müteahhit ve taşeron firma çalışanlarıdır.

Bilindiği üzere, ihalede saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlayacak ve ihale tarihi itibarıyla isteklilerin gerçek piyasa değerleri üzerinden teklif vereceği bir yöntemle ihale edilmesini amaçlayarak düzenlenen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 2003'ten bu yana yürürlüktedir.

Teşkilat olarak 2016'da sözleşme bedeli 18,4 milyar TL olan 935 adet yapım ihalesi, yine 600 milyon TL'lik 101 adet danışmanlık ihalesi ve 680 milyon TL'lik 1.064 mal ve hizmet alımı ihalesi gerçekleştirdik. İhalelerimizin toplam sözleşme bedeli ise yaklaşık 21 milyar civarındadır.

Kurumumuzca sınır değer katsayısında değişikliğe gidilerek 1.20 olarak uygulanan katsayı Resmî Gazete'nin 4 Aralık 2015 tarihli nüshasında yer alan düzenleme ile altyapı işlerinde 1'e çekilmiştir. Böylece daha önce %55-60 civarında olan tenzilat ortalama %35'lere oturmuştur.

Bu yeni durumu oluşturan teklif bedellerinin ihale konusu işin, sözleşme şartları ile fen ve sanat kaidelerine uygun olarak yapılmasına büyük katkı sağladığı düşünülmektedir. Ancak ihale süreçlerinin daha hızlı ve yapılabilir fiyat tekliflerinin oluşması bağlamında sınır değer altında kalan isteklilerin tekliflerinin sorgulanmaksızın değerlendirme dışı bırakılması gerektiği özellikle düşünülmektedir. Bu hususta mevzuat değişikliği, Kamu İhale Kurumunca ivedi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, yatırımlar hız kazanacak ve ülke enerjisinin itirazın şikâyet ile yargı süreçlerinde tüketilmesi söz konusu olmayacaktır.

Sözleşmede bulunmayan yeni birim fiyat tespiti, teklif ekinde istenmesinden vazgeçildiği 2011 yılından bu yana idareler ile yükleniciler arasında tartışmalı bir konu olmaya devam etmektedir. İdaremizce, merkez ve taşra teşkilatlarınca uygulama birlikteliği oluşması açısından yeni bir düzenleme yapılarak yaşanan sorunlar büyük oranda giderilmiştir. Ancak isteklilerce spekülasyon teklif verilen ihalelerde yeni fiyat düzenlemesi, zaman zaman anlaşmazlıklar konusu olmaya da devam etmektedir. Kamu İhale Kurumunun yapacağı bu düzenleme ile kesin çözüme kavuşturulacağı hususundaki ısrarımız halen devam etmektedir.

Diğer bir husus, terör örgütleriyle iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilatı

Müşteşarlığı tarafından belirlenen yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişilerin ihalelere giremeyecekleri düzenlenmesidir. Bakanlar Kurulunca belirlenecek Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinin (g) bendi kapsamındaki bildirimlere ilişkin usul ve esaslar kapsamında olduğu tespit edilen isteklilere yönelik çalışmaların ivedilikle sonuçlandırılması da yine büyük önem arz etmektedir.

Değerli katılımcılar, bildiğiniz üzere, ülkemizde yaklaşık maliyet kamu kurumlarınca belirlenen birim fiyatlara dayanılarak hazırlanmaktadır. İhale sürecinin daha şeffaf bir ortamda sürdürülebilmesi için yaklaşık maliyete ilanda ve dokümanda yer verilmesi, yaklaşık maliyetin gizliliği kaldırılarak olabilecek suistimallerin önüne geçilebileceği düşünülmektedir.

Yapım işleri ihalelerinde benzer iş tanımı, yapım işleri ihalelerinde Benzer İş Grupları Tebliği'ne göre yapılmaktadır. İhale konusu işin birden fazla iş kolunu içermesi, yeterlilik kriteri olarak sunulan iş deneyim belgelerinin belge tutarı içinde yer alan ancak ihale konusu iş veya benzer iş kapsamında bulunmayan imalatlara ait tutarların, Yapım İşleri İhale Uygulama Yönetmeliği'nin 48. maddesinin (b) bendi gereğince ayrıştırılması, işlemi ihale süreçlerinin uzamasına, şikâyet ve itirazın şikâyet konusu yapılmasına neden olmaktadır.

Şikâyetleri ortadan kaldıracak ve ihale sürecini kısaltacak isteklilerin iş deneyimine yönelik sertifikasyon sisteminin kurulması yine büyük önem arz etmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Yapım işlerinde yüklenicilerin ve alt yüklenicilerin sorumluluğu" başlıklı 15. maddesinde, ihale konusu işin özellikleri nedeniyle ihtiyaç görülmesi hâlinde ihale aşamasında isteklilerin alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin sitesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, "alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu, yüklenicilerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz," hükmü bulunmaktadır. Bu kapsamda, alt yüklenici seçim kriterlerinin düzenlenmesine ihtiyaç olduğu düşünülmektedir.

25 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazete sınır değer hesaplamasında 4734 sayılı Kanun'un 36. maddesi uyarınca, ilk oturumda teklif mektubu ve geçici teminatının usulüne uygun isteklilerin teklifleri geçerli teklif olarak dikkate alınacağı düzenlemesi yapılmıştır. Ancak bu durumda, ihale konusu iş alanında faaliyet göstermeyen isteklilerin manipülasyona yönelik teklif verebileceği düşünülmektedir. Bu durumu ortadan kaldırmaya yönelik olarak isteklilerin teklif mektubu ile geçici teminatla birlikte işi kapsayan iş deneyim belgesinin de sunulmasının gerekli teklif sayılması şeklinde düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Kamu İhale Kurulu kararlarının hem idari yargıda hem de Danıştay nezdinde dava konusu yapılması, uzayan yargı süreci nedeniyle yatırımların aksamasına

neden olmaktadır. İşin yapım aşamasında yargı kararıyla sözleşmelerin tasfiyesini ve yatırımların gecikmesini önlemek için tek kademedede ivedi yargılanma gerekliliği büyük önem arz etmektedir.

Ayrıca, yabancı belgelerin 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren Kamu İhale Kurumunca kayıt altına alınmasının doğru bir yöntem olduğu düşünülmektedir. Böylece yurt dışı belgelerinin gerçekliğine yönelik tereddütler ortadan kalkacaktır ki bu da önemli bir husustur.

Bunun dışında yapılan bazı mevzuat düzenlemelerine değinecek olursak: Oda sicil kayıt suretinin ekinde sunulmasının kaldırılmış olması, kendi mal ve makine tesisatına yönelik tevsik işlemlerinin aslına uygunluğu noter tarafından onaylanmış ruhsat örneklerinin sunulması hâlinde örnek çıkarma işlemlerinin ilan veya davet tarihinden sonra yapılacak olması,

Yurt dışında yapım işi gerçekleştiren Türk vatandaşı gerçek kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler adına, yabancı ülkede ilgili Türkiye Cumhuriyeti ticaret müşavirlikleri, ataşeleri tarafından iş bitirme belgesi düzenlenebilmesi,

İş denetleme ve yönetme belgesinin değerlendirilmesinin ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru son on beş yıllık sürenin tespitine esas olmak üzere, belgeye hak kazanma tarihinin tespitine yönelik yeni düzenleme yapılması,

İhaleye katılım ve yeterlilik kriterlerine ilişkin sunulan belgelerin EKAP üzerinden veya kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının internet sayfası üzerinden temin edilip teyidinin yapılabilmesi durumunda, bu belgelerin sunulmuş şekline ilişkin şartların aranmaması,

İlana veya ön yeterlilik veya ihale dokümanına yönelik başvurularda, şikâyet dilekçesi ekinde ihale konusu alanda faaliyet gösterdiğine dair ilişkin belge eklenmesi zorunluluğu getirilmiş olması, idaremizce olumlu karşılanan düzenlemelerdir.

Karayolları Genel Müdürlüğü olarak ülkemizin ve ulaştırma sektörünün lokomotifini olan karayolları yatırım çalışmalarını, önümüzdeki dönemde de aynı hızla sürdüreceğiz. 2023 yılı ve sonuna kadar 5.610 kilometre bölünmüş yol yap-ışlet-devret kapsamında 5.693 kilometre otoyolun hizmete girmesiyle toplam bölünmüş yol ağını 36.500 kilometreye ulaştırmayı amaçlıyoruz. Karayolları ailesi olarak vatandaşlarımızın, iş dünyamızın ve ülkemizin refahına katkı sağlamak için hizmet üretmeye her zaman olduğu gibi devam edeceğiz.

Değerli katılımcılar, Konferansımızın sektöre ve düzenlemelere ilişkin görüş ve önerilerimizi dile getirmemiz bakımından önemli bir platform görevi gördüğüne ve düzenleme ve uygulamalara yansıtacağına olan inancımınla sözlerimi noktalarken bu etkinliği düzenleyen İNTES'in değerli yöneticilerine teşekkür ediyorum, hepinizi saygılarımla selamlıyorum.



EROL ÇITAK

4734 sayılı KİK çerçevesinde mevzuat değişiklikleri ve uygulamada yaşanan sorunlar

Sayın Kamu İhale Kurumu Başkanım, Saygıdeğer Genel Müdürlerim, Kıymetli İNTES Yönetim Kurulu Başkanı ve Üyeleri, Sevgili Konuklar, Değerli Panelistler, Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası tarafından düzenlenen kamu ihale mevzuatı uygulamaları ve sözleşme uygulamalarından kaynaklanan sorunların değerlendirileceği 53. Çözüm Arama Konferansına hoş geldiniz.

Türkiye’de birçok proje, kamu tarafından, çeşitli finansman modellerine imkân veren ihale yöntemleri ile yerine getirilmektedir.

Bu ihalelerde şeffaflık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ve kaynakların akılcı ve verimli kullanılması temel ilkelerdir.

Malumları olduğu üzere, diğer konuşmacıların da söylediği gibi ülkemizde kamu hukukuna tabi olan, kamunun denetimi altında bulunan ve kamu kaynağı kullanan kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve

usuller, 4734 sayılı Kanun’dan önce 1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamında gerçekleştirilmekteydi. Bu kanun alım-satım, hizmet, yapım, kira, trampa, kamulaştırma ve taşıma işlerini içermekteydi.

Ancak anılan Kanun’un günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları giderme konusunda yetersiz kaldığı, Avrupa Birliği ihale mevzuatı ile uyum göstermediği ve uygulamada bütün kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamadığı gerekçesiyle kamu ihaleleri ile ilgili kapsamlı yeni bir Kanun’un hazırlanması gereğini ortaya çıkmıştır.

Bu sebeplerle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hazırlanmış ayrıca Kamu İhaleleri sonucunda yapılması gereken sözleşmeler ile ilgili hususların ayrı bir kanun ile düzenlenmesi ön görülmüş, bu doğrultuda 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çıkarılmış ve bu iki kanun birlikte 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanunların uygulanmasına ilişkin olarak hazırlanan yönetmeliklerin de yayımlanması ile Kamu İhaleleri alanında yepyeni bir sayfa açılmıştır.

Yürürlüğe giren bu Kanun, sadece 2003-2013 yılları arasında 27 kere değiştirilmiş, ilk metinde kanun kapsamında olduğu belirtilen birçok kamu kurumu, kanun kapsamından çıkarılmıştır.

Gerçekleşen bu değişikliklere rağmen ihale öncesi, ihale aşaması ve ihale sonrasındaki riskler, zayıflıklar ve kırılganlıklar tam olarak bertaraf edilememiş bugün ifa ettiğimiz Konferansta da gündeme gelecek birçok problem günümüze kadar taşınmıştır. Bu problemlerden başlıcaları:

- **Yapım işlerinde benzer iş grupları tebliğinin düzenlenmesi**

Özellikle B grubu gibi üstyapı tesisleri sınıflarının yeniden detaylandırılarak tasnif edilmesi, iş deneyim belgelerinde benzer iş gruplarının ayrıştırılmasına yönelik düzenlemeler yapılması.

- **Yurt içi ve yabancı işlerden alınan İş Deneyim Belgeleri**

Belgeye konu işin varlığı, tek sözleşmeye dayalı olup olmadığı, sözleşmeye uygun tamamlanıp tamamlanmadığı, belgenin tasdik işlemlerinin geçerliliği ve güncelliği gibi hususların değerlendirilmesi.

- **Sınır değer ve aşırı düşük fiyat sorguları**

Aşırı düşük fiyat tespiti, teklifler mukayese edilerek belirlendiğinden gerçek maliyete oranını

yansıtılmakta ayrıca kalem bazında yapılan aşırı düşük teklifler engellenememektedir.

- **İş artış ve azalışları**

Yapım işleri genel şartnamesinde ve mevzuatta iş artış hesap yöntemleri tarif edilmiş olup, özellikle anahtar teslim işler için iş eksilişinde uygulanacak yöntemle ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca arızı ve zaruri durumlar için yasal iş artış sınırını artırılabilir düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

- **Fiyat farkları**

Fiyat farkı hesap yöntemleri, güncel maliyet artışlarını veya döviz kur farklarını karşılamamaktadır.

İhale aşamasındaki şikâyetler şeklinde sıralanabilir.

Teklif verme yeterliliği olmayan firmaların dahi şikâyet ve itiraz mekanizmalarıyla ihale sürecini kesintiye uğratması ve yatırımın gecikmesine neden olması engellenmeli, asılsız şikâyetlerin caydırıcı yaptırımlarla önlenmesi sağlanmalıdır. Örneğin, geçici teminatın belirli oranlarla irat kaydedilmesi.

İNTEs organizasyonunda gerçekleştirilen bu konferansta yapılacak çalışmalarda, ihalesi gerçekleştirilen işlerin, ihale sürecinin incelenmesi ve uygulamada karşılaşılan sorunlar ile çözüm yollarına yönelik öneriler getirilmesi, 4734 sayılı Kamu İhale ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunlarının gelişmesine çok önemli katkılarda bulunacaktır.

İdareler tarafından gerçekleştirilen kamu ihale bedellerinin 2014 yılı içerisinde yaklaşık olarak 125 Milyar TL, 2015 yılı içerisinde 150 Milyar TL, 2016 yılı içerisinde 175 Milyar TL olduğu düşünüldüğünde yapılacak olan çalışmaların ve çözüm önerilerinin ne denli önemli olduğu ortaya çıkmaktadır.

Bu minvalde, Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikasının düzenlediği bu konferansın ülkemiz için hayırlı olmasını diler, kamu ihalelerinde istikrarı sağlamak ve uygulamada yaşanan problemleri çözmek için görüşlerini ve önerilerini sunacak olan tüm katılımcılara da şimdiden teşekkür eder, saygılarımı sunarım.



HAMDİ GÜLEÇ

Kamu Kurumlarımızın Değerli Genel Müdürleri, İNTES'in Kıymetli Başkanı, Yapım Sektörünün Değerli Temsilcileri, Kıymetli Katılımcılar; sözlerime başlarken sizleri şahsım ve kurumum adına saygıyla selamlıyorum.

Kamu alımlarında eşit muamele, saydamlık, verimlilik, hesap verilebilirlik, kamuoyu denetimi ve rekabeti sağlamak amacıyla yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile kamu alımlarına ilişkin düzenleme ve inceleme görevi verilen Kurumumuz, çalışmalarında gerek kamu gerekse özel sektörden paydaşların görüşlerine önem vermekte, paydaşlardan gelen geri bildirimleri dikkate almaktadır. Bu itibarla 4734 sayılı Kanun Çerçevesinde Mevzuat Değişiklikleri ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar konulu konferans vesilesiyle sizlerle bir araya gelmekten, görüş ve düşüncelerinizi doğrudan duyacak olmaktan büyük memnuniyet duyuyorum.

Kurumumuz, 2016 yılında yaklaşık 174 milyar lira tutarında bir büyüklüğe ulaşan kamu alımları piyasasını düzenlemekte ve bu alandaki uyuşmazlıkları çözmekte rol oynamaktadır. Bu itibarla Kurum, bir yandan düzenleme işlevi ile kural koyucu bir rol üstlenirken diğer yandan inceleme

işlevi ile idareler ve piyasa aktörleri arasında çıkan uyuşmazlıkları çözümlenerek niteliği itibarıyla yargı benzeri bir işlev yerine getirmektedir. Kamu İhale Kurumu, uyuşmazlık çözme işlevini yerine getirirken aday, istekli veya istekli olabileceklerin hukuken korunan hak ve menfaatlerini gözetirken idarelerin ihtiyaçlarının uygun şartlarda ve zamanında karşılanması, kamu hizmetlerinin aksamamasını da dikkate almak, çok hassas bir dengeyi gözetmek ve korumak durumundadır. Bu yönüyle Kurum, uyuşmazlık çözümünde, bir taraftan kamu hizmetlerinin ve yatırımların sektöre uğramaması amacıyla uyuşmazlığa idare perspektifinden bakarken diğer yandan hak arama hürriyetini kullanan piyasa aktörlerinin hukuken korunmaya değer hak ve menfaatlerini himaye etmek amacıyla bilinçli bir şekilde konulara yaklaşmak zorunluluğundadır. Bu durum, Kurumun birbirleriyle rekabet/çekişme içinde bulunan farklı firmaların yer aldığı kamu alımları alanında uyuşmazlıkları çözerken ne derece zorlu bir görev ifa ettiğini açıkça göstermektedir. Dolayısıyla Kuruma ilişkin değerlendirmelerde tüm paydaşlardan bu hususun bilincinde olarak hareket etmelerini de temenni ediyoruz.

İtirazen şikâyete konu edilen ihaleler yönünden ihaleyi kazanan istekli ile sözleşme imzalanması, bilindiği gibi Kurumumuza yapılan bir itirazen şikâyet başvurusu varsa bunun sonuçlanmasıyla mümkün olabilmektedir. Kurulumuz konuya ilişkin kararını verdikten sonra idareler tarafından sözleşmenin imzalanmasıyla konu kapanmamakta, ilgililer tarafından işin yargıya taşınması, Kurul kararının dava konusu edilmesi söz konusu olmakta ve yargı kararlarına göre de ortaya farklı sonuçlar çıkmaktadır. Bu bağlamda, İdare Mahkemesi veya Danıştay tarafından Kurul kararının iptal edilmesi veya yürütmenin durdurulması kararı verilmesi hâlinde imzalanmış olan sözleşmelerin geçerliliği de bundan etkilenmekte, idari yargı kararı mevcut sözleşmenin feshiyle sonuçlanan bir durum ortaya çıkarmaktadır. Yargılama sürecinin zaman almasıyla kimi zaman sözleşmenin önemli bir kısmının tamamlandığı, işin %70-80 mertebesine ulaştığı projelerde dahi söz konusu mahkeme kararları gereği iş tasfiye edilmekte, yeni yüklenici ile sözleşme imzalanarak iş tamamlanmaya çalışılmakta, bu durumdan ilk yüklenici de yeni yüklenici de memnun olmamakta, ayrıca idare de işin süresinde bitirilmemesi ve yatırımların gecikmesi sebebiyle mağdur olmaktadır.

Bu sebeple en azından belli bir aşamaya gelmiş sözleşmeler yönünden mahkeme kararları sonrasında sözleşmenin feshedilmeyeceği, aynı

zamanda hak kaybına uğradığı mahkeme kararıyla tespit edilen firmaların da mağduriyetlerinin giderilebileceği alternatif bir sistemin gündeme getirilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Nitekim, bazı gelişmiş ülke uygulamalarında da sözleşmenin imzalanmasından sonra mahkeme tarafından aksi yönde bir karar verilse bile kural olarak daha önce imzalanan sözleşme, geçerliliğini korumaya devam etmektedir. Bu hususta siz değerli katılımcıların görüşlerini almaktan da memnuniyet duyacağız.

Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerin tutar olarak yarıdan fazlasını oluşturan yapım işlerinin süratle tamamlanarak ekonomiye kazandırılması için başka adımların atılması da gerekli ve mümkündür. Bilindiği üzere, mevcut durumda ihalelere yönelik uyuşmazlıkların çözümünde iki aşamalı bir yapı söz konusudur. İhale sürecindeki hukuka aykırı olduğu düşünülen işlem ve eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya hukuken korunan menfaatinin ihlal edildiğini iddia eden aday, istekli veya istekli olabilecekler, öncelikle idareye şikâyet başvurusunda bulunmakta, akabinde uyuşmazlığın çözüme bağlanamaması durumunda Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusu yapabilmektedir. Kurul tarafından verilen kararlara karşı da yargı yoluna gidilmektedir.

Yargı aşamasına baktığımızda da iki kademeli bir yapı vardır. İhalelere ilişkin uyuşmazlıklarda ivedi yargılama usulünün getirilmesi ile bölge idare mahkemelerinde itiraz süreci kaldırılarak ve dosyanın tekemmüle öne çekilerek hızlanma sağlanmakla birlikte, halen Kurul kararlarına karşı öncelikle Ankara idare mahkemeleri nezdinde dava açılmakta, ilk derece mahkemesi tarafından verilen bu kararlar ise Danıştay'da temyiz edilmektedir. İdare Mahkemeleri ile Danıştay kararları da aynı yönde olmayabilmektedir.

İhalelere ilişkin davaların sözleşmenin uygulanması sürecinde yarattığı belirsizliğin bir an önce ortadan kaldırılması, gerek idarenin gerek yüklenicinin işin gereği gibi ifasına odaklanması bakımından yargısal uyuşmazlığın daha seri bir biçimde sonuçlandırılması gerekliliği ortadadır. Bu bağlamda, yatırımların süratle ekonomiye kazandırılması, ihalelere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde iki kademeli yargı merci uygulamasının yarattığı mahzurların azaltılması ve yargı sürecinin hızlandırılmasını teminen Kurul kararından sonra, en azından belli tutarın üzerindeki alımlar yönünden doğrudan Danıştay'a başvurulması yönündeki bir seçeneğin, süreci daha etkin hâle getireceğini düşünmekteyiz.

Son olarak ifade etmek isterim ki 4734 sayılı Kanun'un on dört yıllık uygulama tecrübesine dayanarak Kurumumuz, kamu ihale sisteminin iyileştirilmesi ve uygulamada ortaya çıkan sorunların giderilmesi için aktif bir yaklaşım göstermekte, idareler ve isteklilerle iş birliği içinde özverili bir şekilde çalışmalar yapmaktadır.

Bu anlayışla son dönemde önemli çalışmalar yapılmış ve bundan sonra da yapılmaya devam edilecektir. Değerli sektör temsilcilerimizin bugün yapacağı tespit ve öneriler de çalışmalarımızda önemle dikkate alınacaktır.

Konuşmama son verirken konferansın başarı ile geçmesini temenni eder, konferansın düzenlenmesinde emeği geçenlere, özellikle İNTES'e ve tüm katılımcılara teşekkür eder, saygılar sunarım.

OTURUMLAR

1. OTURUM



Oturum Başkanı
DEHA EMRAL
İNTES Yönetim Kurulu
Başkan Vekili



ŞADIYE YALÇIN
Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü
İçmesuyu Dairesi Başkanı



M. ŞAMİL KAYALAK
Altyapı Yatırımları
Genel Müdür Yardımcısı



KAMURAN YAZICI
Karayolları Genel Müdürlüğü
Program İzleme Dairesi Başkanı



ORHAN SEÇKİN
Kamu İhale Kurumu
Üçüncü İnceleme Dairesi Başkanı



ŞADIYE YALÇIN

Çok teşekkür ediyorum Sayın Başkanım.

Sayın Başkanım, Yönetim Kurulu Başkanımız, Kamunun ve Özel Sektörün Çok Değerli Temsilcileri; hepinizi şahsım ve kurumum adına saygıyla selamlıyorum.

53. Çözüm Arama Konferansında karşılıklı konuşmalar sonrasında alınacak çıktıların daha sonraki süreçlerde faydaya dönüşecek girdiler olarak sonuçlandırılması dileğiyle konuşmama başlamak istiyorum. Konuşmamda öncelikle Kanun'da yaşanan sorunlara ilişkin kısa geçeceğim hususların akabinde İNTES'in Yönetim Kurulu Başkanının özel sektör adına değindiği konular hakkında kurum görüşlerimizden bahsedeceğim.

Öncelikle Kamu İhale Kanunu'ndaki ihale yapanlar açısından önem taşıyan konulardan bahsedecek olursam;

1. Yaklaşık maliyetin gizliliği konusu

Kanun'da tanımı verilen yaklaşık maliyet, idareler tarafından ihale öncesi hazırlanarak; ihale kriterlerini belirlemede (eşik değerlerde, yeterli kriterlerin 10. maddedeki teknik ve ekonomik yeterliliklerle ilgili olan kriterleri belirlemek adına, İlanda yer alan yerli yabancı isteklilere açık olma

hususlarıyla ilgili) idarelerin ihale mevzuatındaki görevlerini yerine getirmek için kullandığı bir tanımdır. Rakam, ihale öncesi İdare tarafından kesinleşmekle birlikte her uygulama yılı yatırım programında yer almak üzere bir önceki yıl hesap edilmektedir. Yani mertebe yaklaşık olarak Yatırım Programlarımızda yer almaktadır.

Ayrıca her ne kadar gizli olması gerekmeyle birlikte işin proje müellifleri tarafından da bilinmekte olup paylaşılması yasak olmasına rağmen, bir şekilde, ihale öncesi istekliler tarafından da yasal olmayan şekilde öğrenilmektedir. Yani yaklaşık maliyetin gizliliğinin korunması fiilen mümkün değildir. 2003 yılında KİK tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yatırımcı kurumlara anlatılırken İdaremiz adına yaklaşık maliyetin korunamayacağından bahsetmiştik ancak bunun virgüllerle, küsuratlarla bilinmemesi/verilmemesi dışında mertebelerin bilinmesinde bir sıkıntı olmadığı söylenmişti ki zaten bu konu, dediğim gibi idareler açısından fiilen mümkün olmayan bir durumdur. Bu nedenle 2016 yılında Avrupa Birliği uyum sürecinde 4734 sayılı Kanun'un yenilenmesiyle ilgili olan çalışmalarda TOKİ, İlbank ve Karayolları ile birlikte yaptığımız görüşmelerde bütün kamu sektörü olarak yaklaşık maliyetin açıklanması, gizliliğinin kaldırılmasını teklifinde görüş beyan etmiştik. Buna bağlı olarak, sınır değer hesabından da yaklaşık maliyetin bedelinin çıkarılması ilgili mevzuat hükümlerinin buna göre revize edilmesi önerilmiştir. Bu noktada, sınır değerte ilgili olarak Tebliğ'de 25 Ocak 2017'de yapılan bir değişiklikle sınır değer hesabında gelen geçerli tekliflerin (teklif mektubu geçici teminatı uygun olanların başka eksik olmasına bakılmaksızın) değerlendirmeye alınarak sınır değer hesabının yapılması istenmektedir.

Ancak 2 Mayıs'ta bizim bölgelerimizin birinde -henüz ihale sonuçlanmadığı için ismini zikretmeyeceğim burada- ihalelerde, gelen tekliflerde öyle bir yaklaşık maliyetin gizliliği diyorum ama biraz evvel de dediğim gibi mertebe biliniyor. Buna göre, firmalardan bazıları sınır değeri çekmek istedikleri yere göre tekliflerini atmaktadır. Dosyada başka evrak eksik olsa da yeniden sınır değer hesabı yapılmaması gelen değişikliklerle ihalelerdeki rekabeti azaltmaktadır. Tabii ben sunum olarak hazırlamamakla birlikte bahsettiğim ihaledeki teklifleri de yanımda getirdim. Daha sonra Kamu İhale Kurumumuzdaki arkadaşlarımıza bu örnek ihaleyi de vereceğim. Gelen teklifler yaklaşık maliyetin %40 ile %60 aralığında. Ama sadece teklif mektubu ve geçici

teminat var. Ayrıntılı incelemeye geçtiğimiz zaman bunların geçersiz teklif olduğunu görüyoruz. İş deneyim belgesini de istemiyoruz. Sayın Yönetim Kurulumuzdan gelen böyle bir teklif vardı, iş deneyim belgelerinin ilk oturumda teklif mektubu ve geçici teminatlarla birlikte istenmesi söylendi. Ancak, tabii ilk oturum dediğiniz, ihale komisyonlarının katılımcılarla isteklilerin huzurunda yaptığı bir oturumdur. Orada biz sadece teklif mektuplarını okuruz, %3 geçici teminatlarına bakarız. Bu çok hızlı bir şeydir ama iş deneyim belgesinin o ilk oturumda geçerli olup olmadığını sonuçlandırabilmek mümkün değildir. Yani teklif edeceği bedelle uyumlu mudur noktasında. Bu yönüyle biz eski hâliyle, İNTES'in söylemiş olduğu gibi, iş deneyim belgesinin eklenmesiyle değil de bütün belgeler evraklar üzerinden geçerli teklifin tespit edilmesi, %120 ile %40 arasındaki teklifler ve yaklaşık maliyet hariç tutularak sınır değer hesabı yapılması (eski haliyle) önerisiyle geldik.

2. İhale komisyonlarının görev ve yetkileri

İhale komisyonları, ihale ilanı duyurusu yapıldıktan sonra üç ihale yetkilisi tarafından oluşturuluyor ve ihale işlem dosyalarını, üç gün içerisinde ihale komisyonu üyelerine teslim ediliyor.

Şimdi, ihale komisyonlarının görevleri, ihale oluru alındıktan sonra mı başlıyor? Sözleşme imzalanıp ihale komisyon kararı verilip ihale yetkilisince onaylanıncaya kadarki süreçte midir yoksa 21/b ile çıkmış bir ihale usulüne itiraz etme şansı var mıdır, ihale işlem dosyasını incelemesi noktasında? Yani burada biz ihale komisyonlarındaki arkadaşlarımıza yeni bir stratejik karar aldığımız zaman, 21/b ile yapmanız gereken bir işte komisyona üye bulmakta zorlanabiliyorsunuz, "Açık ihale yapabiliriz" diyorlar. Bu noktada, ihale komisyonlarının görevlerinin başlangıcının çok net bir şekilde ortaya konması gerekiyor. Bu, bizim idareciler olarak istediğimiz bir izahattır.

3. Kanun'un 11/g maddesinde ihaleye katılamayacak olanlar

Kamu İhale Kanunu'nun 11'inci maddesi, ihaleye katılamayacak olanları belirlemekte olup maddenin g bendinde "(Ek bent: 22/11/2016-KHK-678/30 M.; Değişik bent: 23/1/2017-KHK-684/3 M.) "Terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından bildirilen yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişilerin ihaleye katılamayacakları hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca aynı maddenin birinci fıkranın (g) bendi kapsamındaki," bildirimlere ilişkin usul ve esaslar, Bakanlar Kurulunca belirlenir. Söz konusu bent kapsamında olduğu tespit edilen istekliler ihale dışı bırakılır ancak bunların teminatları hakkında dördüncü fıkrada yer alan hüküm uygulanmaz." ek fıkrasında belirtilmekle birlikte bildirimlere ilişkin usul ve esaslar henüz belirlenmemiştir. İhale komisyonun yetkili mercileri resmi yazışma yaparak bu bilgileri talep etmesi durumunda süreç çok uzamaktadır.

Talebimiz, usul ve esasların ivedilikle sonuçlandırılmasıdır.

4. Kanun'un 10. maddesi, "Teknik ve ekonomik yeterlilik kriterleri"

Daha önceki yıllarda katıldığım İNTES'in birçok toplantısında, iş deneyim belgeleri gündeme gelmişti. Kamuda görev alan yöneticilerimizin veyahut da sahada bizzat işin başında bulunan kontrol mühendislerimizden başlamak üzere kontrol mühendisi, merkez şube müdürü, bölgedeki şube müdürü, bölge müdür yardımcısı, bölge müdürü... Genel Müdürlüğe geldiğimiz zaman, daire başkanlığında şube müdürü, daire başkan yardımcısı, daire başkanı, genel müdür yardımcısı, genel müdür... Yani bir koyundan çok sayıda post çıkması, bu hep eleştirilen bir konu idi. Tabii, sadece bu kamu kurumları açısından değil, özel sektörde de işin yönetici, yönetim kurulu başkanına, şirket müdürlerine, %50'den fazla ortak olan yetkili şirket müdürlerimize de iş yönetme belgelerini veriyoruz, proje müdürlerine veriyoruz.

Bu noktada, bir de İNTES'teki arkadaşlarımızla yaptığımız görüşmelerde kontrollük yapan elektrik, makine, inşaat mühendislerinin aynı oranlarda iş deneyim belgesi aldıklarından bahsediliyor. Ancak biz Devlet Su İşleri olarak kendi içimizde bir iç genelge yayınladık, iş 1 milyon liralık bir iş ise inşaat kısmıyla ilgilenen kontrol mühendisimiz sadece kendiyile ilgili olan kısmından belge alıyor. Yani 1 milyonluk bir sözleşme bedelinde 3 milyonu, üç arkadaşımıza vermiyoruz, 1 milyonu, 300.000 TL inşaat ile ilgili bölüm için inşaat mühendisimiz - 400.000 TL makine mühendisine - 300.000 TL elektrik mühendisine (işin kısımlar içerisindeki oranları dahilinde). Tabii İdaredeki kontrol mühendisimiz ile yüklenicinin şantiye şefi İŞ DENETLEME BELGESİ ve tamamı üzerinden belge almaktadırlar.

Bu anlamda, İş Deneyim Belgelerinin (iş yönetme ve iş denetleme belgeleri) verilmesi

ancak değerlendirme oranlarının iş denetleme belgelerinde 1/5, iş yönetme belgelerinin ise 1/10 oranında değerlendirilmesi yönünde sonuç olarak belgelerin kaldırılmasından ziyade oranlar noktasında yine kullanılmasını kurum olarak tercih ediyoruz.

Yine bu teknik mesleki yeterlilik konusunda firmalarımızla biz işlerimizi yaparken 4735'in uygulanması sırasında en çok karşılaştığımız sorun, firmaların mali acz içine düşmeleridir. Onun dışında, Kanun'un ruhu; güzel bir proje ve bu projeye göre en uygun fiyatla en iyi yükleniciyi tespit edebilmektir. İhalenin maksadı budur. DSİ olarak fiyat dışı unsurlara da geçtik; iki türlü fiyat dışı unsurumuz var. Bir tanesi, teklif fiyatlarımızın regüle edilmesi maksadıyla yapılan bir uygulama. Diğeri de teknik puanlama, ihale konusu iş sulama işi ise sulama iş bitirmesi olanları artı puanla öne geçirmek gibi iki tür fiyat dışı unsur uygulamamız var. Ama bunlarda en fazla kamudan da olumlu ses getiren, fiyatların regüle edilmesi. Nedir bizim buradaki amacımız? Bir baraj işi yapıyorsunuz, kazınız ilk yapılacak kalemler veyahut da idarenin vermiş olduğu projede yakaladığınız hataları avantaja çevirmek adına küçük kalemlere, metrajda küçük görünen ama fiyatı yüksek kalemlerle %20, %10'unu aşan keşif artışları sebebiyle işlerimiz tasfiyeye gidiyor. Yani bu noktada, fiyat dışı unsurla fiyatlarımızı regüle ettik, konu hakkında olumlu eleştirilerle yüklenicilerden dönüşleri oluyor. Diğer taraftan, fiyat dışı unsurun ikinci kısmı yani teknik puanlama hakkında değişik eleştiriler yapılmaktadır. Ancak Sayın Genel Müdürümüzün de bahsettiği gibi bazı bölgelerimizde bu konularda çok farklı uygulamalarla ilgili eleştiriler geldi, yeknesaklığı sağlamak adına çalışmalarımız devam etmektedir. Biraz evvel belirttiğim gibi "Mali" konu, çok önemli bir konu, şirketin mali gücü iyi ise iyi bir firma var karşınızda, işinizi yapabiliyor. Projenizdeki eksiklikleri veya hataları kendi içerisinde tolere edebiliyor. Ama elindeki ciroyu ve bilançoyu değerlendirmek adına bir teklif atılmış bir yüklenici ile sözleşmeyi imzaladığınız durumda, firmanın o işi devam ettirmesi bizim açımızdan çok zor. Bu anlamda, bizim DSİ olarak önerimiz, geçici teminatların, teminat mektuplarının oranının yüksek tutulması, bilanço ve ciroların kâr oranı çok daha yüksek olan firmaların seçilebileceği yöntem (bilanço-ciro oranlarımızı yönetmeliklerde belirlenmiştir.) geçilmesi yönünde düzenleme yapılmasıdır.

Konuyu açacak olursam, teminat mektuplarımızın kesin teminatımız sözleşme bedelinin, teklifin

%6'sı oranında. Eğer aşırı düşük teklife veriyorsanız kesin teminat oranı yaklaşık maliyetin %9'u oranında. Bizim buradaki genel düşüncemiz, işin yürütülmesi sırasında her hakedişte kesilen %5 oranındaki kesin hesapların hakedişlerle birlikte verilmesine yönelik düzenleme firmaların hakedişinden kesiliyor yani nakit paralar. Aslında bizim önerimiz, bu hakedişlerde kesilen %5 nakit kesintileri olmadan teminat mektuplarının oranlarının biraz daha yükseltilmesidir. Bu ne kadar kabul görür, ne kadar uygulanabilir, onu bilmiyorum. %6 aldığımızı biraz daha yüksek tutabiliriz. Dediğim gibi %5 kesintilerin hakedişlerden kesilmemesi firmalar açısından nakit akışı yönüyle de işin yürütülmesi için önem taşıyor diye düşünüyoruz.

Firmaların yeterliliğini Kamu İhale Kurumunun belirlemiş olduğu kriterler üzerinden yapıyoruz ancak Karayolları Genel Müdürümüzün ve bizim Genel Müdürümüzün de bahsettiği gibi Kamu İhale Kurumundan beklentimiz, bir sertifikasyon sistemi ile firmaların ellerindeki iş deneyimlerine, bilanço ve cirolarına göre ilan edilen ihalelere girebilme kulvarlarının belirlenmesi ve şu an ihale kararını onaylarken/sözleşme imzalanacağı gün KİK'in internet sayfasından aldığımız yasaklılık teyidi gibi bizim ihalelerimize giren firmalarımızın ilan kriterlerimizi sağlayıp sağlamadıklarını EKAP'tan alıp teklifleri değerlendirerek (aşırı düşük teklifler - sınır değer hesabı vb.) çok kısa sürede de ihaleleri sonuçlandırarak (evrak eksikliği ile uğraşmadan şikayet sürecinin önüne geçerek) işin kamuya faydaya dönmesini sağlayacağını düşünüyoruz. Yaptığımız ihalelerde özellikle iş deneyim belgelerinde farklı uygulamalar ve açıklamaya muhtaç konularda ilgili makamlardan bilgi toplamalarda epey zaman kaybediyoruz. Hakikaten ihalenin sonuçlandırılması çok uzun bir süreç alıyor. Bu anlamda sertifikasyon sistemi ile firmalarımızın teknik ve mali güçlerinin teyidini alarak mali tekliflerle ihaleleri en kısa sürede sonuçlandırmak en büyük hedefimiz.

Diğer bir konumuz, ihale usulleri başlıklarımızda...

Ben daha önce Proje İnşaat Dairesindeydim, tarım sektöründe görev alıyordum, şimdi İçmesuyu Dairesinde görev alıyorum. İşlerin yürütülmesi sırasında pek çok işimiz %20, %10 keşif artışından fazla artışlardan dolayı veya fesihten dolayı ikmal işlerine kalıyor, işiniz yarım kalıyor. Düşünün, bir içme suyu projesi, arıtmanız bitmiş, ham su gelmiş, kaynak hazır, siz şehre suyu verip faydaya dönüştüremiyorsunuz, kamuya bir an

önce faydaya dönmesi maksadı hasıl olmuyor. Bu nedenle tamamlama işlerinde yatırımı en kısa sürede faydaya dönüştürmek maksadıyla **ikmal / fesih nedeniyle yarım kalan işlerimizin** kalan kısmını 21/b'den "Önceden öngörülmeyen hâller" kapsamında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na girmesini talep ediyoruz.

Alt yüklenicilerin asıl yüklenici ile birlikte, on beş yıl sorumlulukları var. Ayrıca mevzuat gereği bu firmalar da iş bitirme belgesi alıyor. Yani bir koyundan onlarca post çıkıyor diyoruz, bu duruma alt yüklenicilerimizi de dahil etmiş oluyoruz. Ayrıca bir işin yüklenicisi olan A firması kendinin organik bağı olan bir B firmasını o işin tamamı olmamakla (yüzde 99'una kadar) birlikte alt yüklenici olarak kullandırmak üzere idareye sunuluyor. Yapım işleri mevzuatına göre bu duruma engel bir hüküm bulunmamaktadır. Biz, bu alt yüklenicilerimizin de A firmasının kendisiyle organik bağı olan yeni firmalarla teklif vermesini istemiyoruz. Yani Kanunun, "Alt yükleniciler" başlıklı 15. maddesine "Yüklenicinin ortağı ve/veya ortağı olduğu gerçek ve tüzel kişilikler o işte alt yüklenici olarak çalıştırılmaz." hükmünün eklenmesini öneriyoruz.

Bahsedeceğim bir diğer konu, KİK itirazları sürecidir. Sayın Başkanımız da bu konuda bir çalışma olacağını söylediler. Çünkü en büyük sorunumuz, işler devam ederken mahkeme kararıyla Yargıtay'dan veya Danıştay'dan gelen kararlarla işin %60 seviyesinde kalmasıdır. Örneğin, bir barajın dolgusu yarım kalmış. Burada dolguyu Yargıtay'ın, Danıştay'ın vermiş olduğu yeni firmayla yürütmeniz durumunda işte çıkan herhangi bir olumsuzlukta hangi yüklenicinin sorumlu tutulacağı konusunda sıkıntılar yaşanacaktır. Bu anlamda, biz ihalenin sonuçlanıp sözleşme imzalanması aşamasından önce bu Kanun'un 57. maddesindeki "Yargısal inceleme" hükmü çerçevesinde, yargısal incelemede ivedilikle sonuçlandırılmasını teklif ediyoruz. Yani hukuksal açıdan bu konuyla ilgili de bir çalışma yapılmasını arzu ediyoruz.

4735 sayılı Kanun kapsamında firmalarımızdan gelen en büyük sorun ise fiyat farkı konusudur. Boru işinde dolarda olan artışlar yanında çelik boruların sac fiyatında 230 dolar/ton bir artış olması bütün boru isale hatları, müteahhitlerimiz açısından çok büyük bir sorun yarattı. Biz, DSİ olarak bu konuyla ilgili çalışmalarımızı yapmıştık. Ama şu anki sözleşme maddelerinde bir tadilat yapamadığımız için mevcut hâliyle yürütmeye çalışıyoruz.



M. ŞAMİL KAYALAK

Sayın Başkanım, Kamunun Değerli Temsilcileri, İNTES'in Başkanı ve Değerli Üyeleri; katılımlarınızdan dolayı hepinize teşekkür ediyorum.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri kapsamında çeşitli sıkıntılar yaşıyoruz. Aslında bu sıkıntılar büyük bir bölümü, tüm yatırımcı kuruluşlar yönünden aynı konular, birbirimizi tekrar ediyoruz.

Yaklaşık maliyetin gizliliği konusu

Yaklaşık maliyetin gizliliği konusunu on yıldır sürekli gündemde tutuyoruz. Hâlâ bu konuya bir çözüm bulabilmiş değiliz. Çünkü yaklaşık maliyetin gizliliği konusunda gerçekten bunu gizli tutabilme gibi bir imkânımız yok. Yani pirsantajdan, birim fiyatlardan bulabiliyorlar, yatırım programından bulabiliyorlar. Bir şekilde, bu yaklaşık maliyeti öğrenebiliyorlar ve bu da bir sorumluluk getiriyor, idarelere bir külfet getiriyor ve saydamlığı da çok fazla sağlayamamamıza neden oluyor. Bu nedenle konunun bir an önce ele alınarak yaklaşık maliyetin gizliliğinin kaldırılması gerektiğini düşünüyoruz.

İstekli olabilecekler ifadesi

Diğer bir konumuz, "İstekli olabilecekler" ifadesidir. Bazı kötü niyetli kişiler bunu kullanıyorlar. Bu ifadenin de çok net olması gerektiğini ve ihale dokümanında belirtilen kriterleri sağlayan kişilerin

sadece istekli olabilecekler şeklinde nitelendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim bu konu üç dört tane ihalemizde ciddi itirazlara neden oldu. Birileri geliyor, ihale dokümanı satın alıyorlar, sonra gidip şikâyet ediyorlar. Hiçbir yeterlilik koşulu olmayan kişiler sadece ihaleye engel olmak ya da başka bir firma alması durumunda, bu firmanın önüne geçebilmek adına bu durumu bir husumet nedeni olarak kullanıyorlar. Bu nedenle bu ifadenin mümkün olduğunca daha netleştirilerek yazılması gerektiğine inanıyoruz.

İş Deneyim Belgeleri ve Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Tebliği

"İş Deneyim Belgeleri ve Yapım İşlerinde Benzer İş Grupları Tebliği" miz: Burada da daha önceki iş deneyim belgeleri gruplandırması biraz daha iyiydi, aslında o zaman da sıkıntılar çekiyorduk ama özellikle üstyapı işlerinde daha alt kademelere iniyordu, daha detaylı bir sınıflandırma vardı ve bizi rahatlatıyordu. Şu anda bir üstyapı işi yapmaya kalktığımız zaman, yüzlerce firma geliyor. İncelenemez bir noktaya gidiyor, dosyalarımız. Bu nedenle bunun da detaylandırılmasının gerekli olduğunu düşünüyoruz.

Bir de iş deneyim belgelerinin ayrıştırılması hususu var. Birçok iş deneyim belgesi birden fazla grubu içeriyor. Ayrıştırılması hususunda da bir düzenlemeye gidilerek bir tebliğ kapsamında bir metodolojiye gidersek ve bu metodoloji kapsamında da idareler, iş deneyim belgelerini verirlerken ayrıştırırlarsa komisyonların inceleme sürecini kısaltacağına inanıyoruz. Bu konuda da belki bir çözüm arayışına gidilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Yabancı ülkelere alınan iş deneyim belgeleri

Kamu İhale Kurumumuz, bu konuda bir düzenlemeye gitti ve ilgili düzenleme, 2018 yılı içerisinde artık yürürlüğe girecek, bu konuda teşekkür ediyoruz. Biz de Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü olarak yıllarca bu konunun Kamu İhale Kurumunun denetimi altında olması gerektiğini düşünüyoruz. Belgelerin ekinde yabancı iş deneyim belgelerine has olarak hakedişlerin, geçici kabul tutanaklarının, kesin kabul tutanaklarının da sunulabileceğini düşünüyoruz.

Esasen bu konu, daha çok yargılamayla ilgili bir konu, Kamu İhale Kurumumuzla ilgili bir konu değil, yapım işlerinde teknik şartnameler konusu. Çok kapsamlı işler yapan genel müdürlüklerimiz de ciddi bir teknik şartname yükü var ve bazen teknik şartnamelerde mantık dışı örneğin, "Malzeme seçimi zamanında istenilen belgeler, teklif aşamasında verilecektir." gibi ifadeler oluyor. İdareler olarak bu ifadelerin ihale aşamasında düzeltilmesini kaçırıyoruz. Bunlar, cımbızla çekilerek mahkemelerde ihalelerimizin iptal konusuna dönüştürülebilir. Bu nedenle ihale aşamasında, sadece idari şartname istenen

belgelerin bir yeterlilik unsuru olarak kabul edilmesi gerektiğine inanıyoruz ve bununla ilgili de net bir ifadenin şartnamelere ya da Kanun'a işlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Aşırı düşük teklif değerlendirmeleri

Bir başka önemli sorun, aşırı düşük tekliflerdir. Metro inşaatları yapıyoruz. Çok fazla yabancı üretime dayalı, ithalata dayalı ürünler geliyor ve bu ürünlerin fiyatlarını biz buluyoruz, başka ülkelerden başka fiyatlar buluyorlar. Bunların doğruluğunu tespit edemiyoruz. Bunların gerçekten bu fiyatların rantabl olup olmadığı konusunda çok zorlanıyoruz. Bu nedenle bu aşırı düşük teklif sınırının altındaki tekliflerin direkt elenmesi gerektiğini düşünüyoruz ve bu konuda bir düzenleme yapılması gerektiğine inanıyoruz.

Fiyat dışı unsur konusu

Uygulama ilk başladığında çözüm olmuştu, fiyat manipülasyonlarına engel olmaya başlamıştı ama yine de hâlâ net olarak bu fiyat manipülasyonlarının önüne geçebilmiş değiliz. Bu konuda belki yeniden bir düzenleme ihtiyacı olabileceğini düşünüyorum.

Bir de firmalarımızın kendi aralarındaki husumetleri, yani istekli olabilecekler konusunu anlatırken de anlatmıştım. Firmalar kendi arasındaki husumetler, burada biraz da İNTES ve üyelerinin belki kendilerine çuvaldızı ya da iğneyi batırmaları gerekir. Bu husumetleri bir kenara bırakmaları, kamu yatırımlarının önüne geçmemeleri gerektiğini düşünüyoruz. Husumet nedeniyle sırf alamayacakları ihalelerde sadece bu husumeti yerine getirmek adına itiraz edip yatırım sürecini uzatıyorlar. Bu konuda, kendilerinin kamuya zarar verdiklerinin farkında olmalarını istiyoruz ve kendilerine çuvaldızı batırmalarını temenni ediyoruz.

Şahıs iş deneyim belgelerinin şirketlerce kullanılması

Bir işten yaklaşık 36 farklı kişi iş deneyim belgesi alabiliyor. Kişiler, bu şirketlere %51 ortak oluyorlar ve gelip ihalelerimize giriyorlar. Özellikle anonim şirketlerde hukuken, karar defterine işlendiği tarihi baz alınıyor. Karar defterine işlendiği tarihin baz alınması, bir ihaleden hemen önce geçmişe dönük bir karar alıyorlar, karar defterine aldıkları bu kararlar Ticaret Sicilde yayınlatmadan geliyorlar ve ihalelerimize giriyorlar. Sanki sadece o ihaleye has iş deneyim belgesi bulma gibi bir durumla karşı karşıya kalıyoruz. Ayrıca, şirkete ortak yapılan bu kişiler şirketin hiçbir şekilde yönetiminde yer almıyorlar, hiçbir şekilde şirketin sorumluluğu altında olmuyorlar. Sadece karar defterinde işlenmiş olan bir ortaklıkla karşımıza geliyorlar. Bu ciddi bir sıkıntı yaratıyor. Sonuçta biz iş deneyiminden faydalanmak istiyoruz yani kişinin deneyiminin işe aktarılmasının peşindeyiz ama bu olamıyor. Bu yüzden de %51

ortaklık konusunda bu kişilerin şirkette aktif görev alma zorunluluğunun getirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

İkinci bir konu ise bu tarihin, Ticaret Sicilde yayınlandığı tarihten itibaren başlaması gerektiği konusunda da bir düzenlemeye gidilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Şirketlerin ekonomik durumları

Mali oranları inceliyoruz. Şirketlerin teklif ettiği bedel ile sermayeleri arasında bir bağlantı olması gerektiğini düşünüyorum. Çünkü sermayesi düşük olan firmalar da yüksek meblağlı ihaleye girebiliyorlar. Yine, bankaların banka referans mektuplarında sorumlulukları olmalı. Banka, o referansı alamayacak firmalara büyük referans mektupları veriyorlar bu konuda da belki BDDK ile görüşülerek bir düzenlemeye gidilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Mahkeme sürecinin bir an önce hızlandırılması gerekiyor. Bu konuda da çözüm arayışları içerisinde olmaya gerek var.

İdarelerin verebileceği iş artış oranının artırılması

Diğer bir konu, 4735 sayılı Kanun kapsamında, idarelerin verebileceği iş artışı oranlarının %20 ve Bakanlar Kurulu kararıyla %40'la sınırlı olması. Bu konudaki önerimiz, "Bakan onayı ile %30'a, Bakanlar Kurulu kararıyla da bu oranın %50'ye çıkarılabileceği" şeklindedir. Çünkü bitirebileceğimiz bazı işler, bu kapsam nedeniyle %100'de feshediliyor. Daha sonra yeniden ihale ve değerlendirme süreçleri oluyor ve yatırımlar bir yıl, bazen bir buçuk yıl, bir de mahkemelere gidildiyse itirazlarla beraber iki yıla uzayarak aksıyor. Aslında biz, %40 ya da %50 bir iş artış oranı verseydik altı ya da yedi ay içinde o işi bitirebilecektik, yatırımı bitirebilecektik ve hizmete sunabilecektik. Kamuya bir iki yıl daha katma değeri geç sunduğumuzu düşünüyorum.

Anahtar teslim götürü bedel işlerde iş eksilişi bedellerinin belirlenmesi

Yine, anahtar teslim götürü bedellerde iş eksilişi. İş artışı, net olarak kanunumuzda tanımlanmış durumda ama iş eksilişinin nasıl yapılacağı çok net değildir. Bu konuda büyük sıkıntılar yaşıyoruz, pirsantajlardan mı, birim fiyat üzerinden mi, yaklaşık maliyet ve teklif arasındaki kırım oranlarından mı, iş eksilişini belirleyeceğimiz konusunda da bir netlik bulunması gerektiğine inanıyorum.

İhalelerde istenilen belgelerin elektronik ortama yüklenmesi

Kamu İhale Kurumumuz, bu konuda çalışmalarını yerine getiriyor. Daha önce de Kurum olarak defalarca bu konuda taleplerimizi yapmıştık. Bu konuda büyük yol kat ettiler, onlara da Kurum olarak teşekkür ediyoruz.



KAMURAN YAZICI

Sayın KİK Başkanım, Değerli İNTES Yönetim Kurulu Başkanım, Değerli Katılımcılar; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

KİK Başkanımız konuşmasında 2016 yılı içerisindeki ihalelerle ilgili, yanılmıyorsam yapılan ihalelerin, ihale bedelinin 174 milyar lira olduğundan bahsetti. Genel Müdürümüz de Kurumumuzun 2016 yılı ve bu yıl yaptığımız ihalelerin, toplam ihale bedelinin 21 milyar TL olduğundan bahsetti. Yani ihalelerin %20'sini bizim kurumumuzda yapılan ihaleler oluşturulmaktadır.

Tabii, hep Kamu İhale Kanunu'ndan bahsediyoruz ama olumlu yönleri yok mu? Tabii ki var. Önce Kamu İhale Kanunu ile ilgili birkaç cümle söyleyeyim. Kamu İhale Kanunu'nun en önemli özelliği, ihalelere katılım veya yeterlilik kuralları objektif hâle getirilmiştir. İlan süreleri uzatılmış, isteklilerin daha gerçekçi ve sorumluluk taşıyan teklifler hazırlamalarının önü açılmıştır. Diğer hizmet alımlarından farklı olarak, danışmanlık hizmetleri ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuş ve Kamu İhale Kurumu kurulmuş, şikâyetleri inceleme ve anlaşmazlıkların çözümü mekanizması getirilmiştir. Tabii bunlar önemli yönler. Ama bu artı yönler, bizim için yeterli değil, biz özleştirimizi yapmaya devam edeceğiz. Onun için arkadaşlarım birçok konuya değindiler, söylediklerinin hepsine katılıyorum.

Benim de yine kısa kısa değinmemim daha faydalı olacağını düşünüyorum.

Uygulamadan bahsetmek gerekirse en önemli konulardan bir tanesi, 2531 sayılı Kanun. Bizim ihalelerimizde yaşadığımız sorunlardan bir tanesi bu. Biliyorsunuz, Kanun'da görev ve faaliyet alanı belirtilmiş ama maalesef Kamu İhale Kurumu ile bu konuda aynı ifadeyi tutturamıyoruz. Son Kamu İhale Kurulu kararlarında da görüleceği üzere bizim uygulamamızdan farklı kararlar alınmaktadır. Biz kurum olarak şundan yanayız ve uygulamamızı buna göre yapmaktayız: Görev ve faaliyet alanı açısından değerlendirmek doğru, bizim açımızdan. Ama maalesef bir şikâyet konusu gündeme geldiğinde, Kamu İhale Kurulu bizim uyguladığımız bir yıl olayını, üç yıl olarak kabul ederek kurul kararlarına yansıtmaktadır. Bu, bizim için, özellikle belli istekliler arasında yapılan ihale usulünde ihalelerimizi iptale kadar getirmektedir. Bu konuda net bir düzenlemeye ihtiyaç var.

İkinci konumuz ve en önemli konulardan bir tanesi, **Aşırı Düşük Sorgulama**'ya ilişkindir.

Bu konuda Kamu İhale Kurumumuz da iyi yönde birçok düzenleme yaparak bizim taleplerimizi yerine getirmiştir ama yeterli değildir. Bu konuda biz ısrarımızı devam ettiriyoruz. Aşırı düşük sorgulama konusunu Genel Müdürümüz de ifade etmişlerdir. N katsayısının 1'e düşürülmesi, belki tenzilat anlamında iyi bir yönde gelişme oldu ama sınır değer altında kalan istekli sayısını maalesef artırmıştır. Takdir edersiniz ki aşırı düşük sorgulamalara da cevap vermek mevzuat açısından zor. Ama bazı isteklilerimiz, özellikle iş alma konusunda savunma verdikleri hâlde, cevapları doğru olmadığı için bu ihale süreçlerini maalesef uzatmaktadırlar. Bu konunun net bir şekilde açıklığa kavuşturulmasını istiyoruz ve aşırı düşük sınır altındaki isteklilerin tekliflerini değerlendirmeye alınmaması yönünde görüşümüz Kamu İhale Kurumunda da mevcuttur.

Diğer bir konumuz, son bir yılda sıkıntı yaşamadık ama yaşayabiliriz diye düşündüğümüz 11/g maddesi.

Bu konuda da şu anda yapabileceğimiz net bir şey yok çünkü Kanun metninde, "Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen" ibaresi bizi zorluyor açıkçası ve maddenin devamında da Bakanlar Kurulu kararının çıkarılması gerekiyor, henüz çıkmadı.

Ama biz sıkıntı yaşıyoruz, sıkıntımız şu: İllerimizdeki valilerimiz resmî yazı yazarak veya şifahi kurumlarımıza bu konuda yaptırım yapmamızı istiyorlar. Açıkçası, bizim de yapacak bir mevzuatımız yok şu anda. Bu konunun da bir an önce netleşmesini istiyoruz.

Bir diğer konumuz, Benzer İş Tebliği'miz.

Bu konuda, teknik bir kuruluş olduğumuz için ve işlerimizin de yapı tekniği farklı olduğu için

kurum olarak bu benzer işlerden biraz daha farklı düzenlenmesini istiyoruz. Örnek verecek olursak, işlerimizin büyüklüğünü de dikkate alırsak, belediyelerde yapılan küçük onarım işleri, taş parke işleri, cadde sokak onarımı gibi işleri yapan isteklilerin yeni yapım işlerine, yeni yapım tekniğine sahip olmalarını istiyoruz. Biz bunun da açılmasını istiyoruz ve net olarak bazı şeyleri belirlemek istiyoruz.

İş deneyim belgeleri konusu

Bütün iş deneyim belgelerinin EKAP'a girilmesini istiyoruz. Bu konuda bir adım atıldı, biz de bunun faydasını görüyoruz.

Kamu İhale Kurumuna bu düzenlemelerden dolayı teşekkür ediyoruz. Yabancı belgelerle ilgili artık bir sorunumuz kalmadı diye düşünüyorum, onda da bayağı bir yol aldık. Orada bir sorun yok ama bu belgelerin de bir an önce EKAP üzerinden girilmesini istiyoruz ve en önemlisi, bu konuda bir sertifikasyon sistemi kurulmasını istiyoruz. Her işte, önümüze gelecek yeni bir iş deneyim belgesinin ayrıştırmasıydı, incelemesiydi bu süreçleri uzatmakta. Bunun için kısa sürede sertifikasyon sürecine geçebilirsek kurum olarak destek vermek için her zaman hazırız, bu alanda destek veririz diye düşünüyoruz.

Alt yüklenici konusu

Alt yüklenici durumu konuşuldu, ben de bahsetmeden geçemeyeceğim.

Alt yükleniciye de iş verilsin ama bir işin %99'unun alt yükleniciye yaptırılmasını istemiyoruz. Bu konuda bir oran belirlememizde fayda var. Bir istekli eğer işi alma konusunda istekli ise işi de onun büyük çoğunlukla kendisinin yapmasını isteriz. Ama şu anda idarelerimizde, DSİ'de de zannedersen öyledir, sözleşme süresince talep edildiği takdirde kurumlar da buna bir izin verme konusunda da çok kötü değiller. Çünkü mevzuatta da "Verilmez" anlamında bir ibare olmadığı için bu konuda bir belirleme yapılmasını istiyoruz.

Bir diğer konu fesih konusu.

Sayın KİK Başkanımız açıkladı, aslında ben o görüşe tamamen katılıyorum. Onunla ilgili acil bir düzenlemeye ihtiyaç var. İtirazen şikâyetler sonucunda veya itiraz şikâyetlerinin çözümünde mahkeme tarafından istekli değişim konusu. Bu çok önemlidir. Biz ihalelerimizi yapıyoruz, sözleşmeyi imzalıyoruz ama bir sene sonra bakıyorsunuz ki bir mahkeme kararı. İstekli A yerine istekli B, ben %50'sini yaptırmışım, geri kalanı ne yapacağım? Hadi bunu tasfiye edelim, ondan sonra geri kalan işi yenisine verelim. Burada KİK Başkanımızın söylediğine katılıyorum, bu konuda bir düzenleme yapılması lazım, bu da önemli bizim için.

Tabii, ihale usulleri içerisinde olan pazarlık usulü konusunun da gerekçesinin de daha net ifadelerle bunu belirlersek daha iyi olur diye düşünüyorum. Bu da bizim için önemli konulardan bir tanesi.

Tabii, 2003 yılından beri de Kamu İhale Kanunu birçok değişikliğe uğradı ama bu yeterli değil, biz daha çok değişiklikler olmasını istiyoruz. Ben başta da söylemiştim, bu yükün en fazlasını biz çekiyoruz, teknik kurullar çekiyor. Ama Kamu İhale Kurumundan da şunu istemekte de bir mahsur görmüyorum, bizim gibi teknik kuruluşlara da verilmesini istiyoruz.

Bir diğer konu, EKAP konusu. EKAP, günden güne kendini yeniliyor. Kamu İhale Kurumumuz, evrak giriş kaydını sınırsız hâle getirdi ama bu, bizim için çok iyi bir şey olmadı. Her ne kadar genel müdürlerimiz konuşmasında bahsetti, proje esas ama önümüzde bir gerçek var, hükümet politikamız var. Biz, 2023 hedeflerini tutturmak zorundayız. Bunu tutturmak için de ihalelerimizi yine uygulama projesi olmadan yapmak zorundayız, açık ve net. Bunun tarafı sadece biz değiliz, Kamu İhale Kurumu da diğer kurumlar da taraftır. Bize, bunu sunan hükümetimiz, uygulamaları isteyen ve bütçemizi veren hükümetimiz var. Bu konuda, Sayın Başkanımın huzurunda söylemekte bir mahzur görmüyorum, güzel bir uygulama sınırsız hâle getirilmesi, ama bu, bizi etkileyen bir uygulama. Nedeni şu: Biz bunu bu hâle getirdik, isteyen istekli, EKAP'tan indirecek, uygulama projesi yoksa hemen kuruma itiraz konusu yapacak. Uygulama Projesi yok ve bu iptallere götürecektir. Bu bizim için önemli bir konudur. Peki daha önce ne yapıyorduk? Daha önce ön, kesin proje üzerinden ihaleye çıkıyorduk, dosyalar, projeler bizden de alındığı için de EKAP'tan herkes bunu indiremiyordu, istekli sayısı çoğalmıyordu şimdi böyle bir konu gündemimize gelebilecektir.

EKAP uygulamaları

Bir diğer konu olan EKAP'la ilgili, ihale saatinden belli bir süre öncesine kadar EKAP'tan indirme konusunu gündeme getirmek istiyorum. İhale saatine iki dakika var, EKAP'tan indiriliyor, gelip size başvuruda bulunabiliyor. Bu, bizi sıkıntıya sokuyor. Bu konularda tabii bizim görüşlerimizin dikkate alınmasını istiyoruz.

Şikâyetler konusu

Şikâyetler konusu bizim için çok önemlidir. Bu şikâyetler konusundaki süreçlerin azaltılmasını istiyoruz. Şikâyet edilen bir konu, Kamu İhale Kurumuna itiraz şikâyet konusu olduğunda şikâyet edilen konuyla sınırlı incelenmesini istiyoruz. Bu, bizim için önemlidir.

İkinci bir konu, bu şikâyet edilen konu ne ise o konuyla ilgili bilgi ve belgelerin istenmesini istiyoruz. Çünkü bütün belgelerin fotokopisi çekilecek ve dosya haline getirilecek, iş yükü artacak. Bu da bizim için sıkıntılı bir konudur.



ORHAN SEÇKİN

Sayın Başkanım, İNTES Başkanı, Kamu ve Özel Sektörün Değerli Temsilcileri, Kıymetli Katılımcılar; öncelikle şahsım ve Kurumum adına hepinize hoş geldiniz diyorum.

Kurum olarak bildiğiniz üzere, düzenleme ve inceleme görevlerimiz bulunmaktadır. İhale uygulama yönetmelikleri ve Kamu İhale Genel Tebliği'nde son olarak 25 Ocak 2017 tarihinde önemli değişiklikler yaptık. Diğer katılımcılar, genel müdürlerimiz kısmen değiştiler. Ben de birkaç başlık altında mevzuat değişikliklerini anlatmaya çalışacağım.

Yurt dışı iş deneyim belgeleri

Yurt dışında gerçekleştirilen iş deneyim belgeleri, daha önce ticaret müşavirliklerimiz ve ataşeliklerimiz tarafından düzenlenememekteydi. Son yaptığımız düzenleme ile Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ve Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına uygun şekilde kurulmuş tüzel kişiliklerin yurt dışında gerçekleştirdiği işlere ilişkin iş deneyim belgelerini ticaret müşavirliklerimiz ve ataşeliklerimiz tarafından düzenlenmesi mümkün kılınmıştır.

Diğer bir konu, yurt dışında gerçekleştirilen işlere ilişkin **iş deneyim belgelerinin EKAP'a kaydıyla** ilgili.

Burada bir kademeli geçiş süreci öngördük, bunun çeşitli gerekçeleri olmakla birlikte az önce İNTES temsilcisinin de söylediği üzere, sürecin geriye çekilmesi talebi var. Bu da değerlendirilmesi mümkün olan bir konu ancak yurt dışı iş deneyim belgeleri nihai olarak EKAP'a kaydedilmesi bir sonuç doğuracağından kademeli geçiş süreci, şu aşamada daha uygun gözüküyor. Halihazırda yurt dışı iş deneyim belgelerine ilişkin, "belgelerin sunulmuş şekli" sorununa yönelik mevzuat düzenlemeleri yapıldı. Son olarak Tebliğ'de değişikliğimiz oldu, konsolosluklar tarafından onaylanan belgelerde, yurt dışındaki mevzuata göre tasdik silsilesinde bulunması gereken kuruluşlar tarafından yapılan tasdik işlemleri, usulüne uygun yapılmış olması kaydıyla son tasdik de Dışişleri Bakanlığı veya konsolosluklar tarafından yapılması kaydıyla belgelerin kabul edilebilmesi imkânı getirildi. Sunulan belgelerin, belgelerin sunulmuş şekline aykırılıkların çözülebilmesinde önemli oranda katkı sağladı. Dolayısıyla yurt dışı iş deneyim belgelerinin tasdikine ilişkin sorunlar da asgari seviyeye geldi.

Aşırı düşük teklifler

Bildiğiniz üzere, aşırı düşük teklifler için üç seçeneğimiz var. Aşırı düşük teklif açıklamaları istenmeksizin en düşük teklife ihalenin verilmesi, aşırı düşük tekliflerin doğrudan reddedilerek sınır değer üzerindeki ilk teklife ihalenin verilmesi veya aşırı düşük sorgulama yapılması. Sistemde bulunan 2016 yılı verilerine göre, yapılan 19.481 ihalenin yaklaşık %93'ü eşik değer in üçte 1'inin yani 13 milyon TL'nin altındaki ihaleler oluşturmaktadır. Bu ihalelerde, halihazırda üç seçenektan herhangi birinin kullanılması mümkün. Kalan %7'lik kısımda ise aşırı düşük sorgulama için seçenek yok, doğrudan sorgulama yapılması zorunluluğu var. Ancak şunu hatırlatmak lazım, %93'lük kısımdaki ihalelerimizin sayısı yüksek olmakla birlikte, bu ihalelerin genel maliyetine baktığımızda sözleşme bedelleri üzerinden, %93'lük kısmın yaklaşık 18 milyar TL'ye karşılık geldiği, ancak %7'lik kısmın ise yaklaşık 41 milyar TL'ye karşılık geldiği, sayısal olarak yüksek olmasa da esas önemli kısmının %7'lik kısımda olduğu açıktır.

Seçenekler üzerindeki idarenin tercihlerine baktığımızda, %68 düzeyinde aşırı düşük açıklaması istenmeksizin sınır değer üzerindeki teklife bırakılması seçeneği kullanılmış. Aşırı

düşük tekliflerin içerisindeki en düşük teklife verme seçeneği ise %24 mertebesinde kullanılmış. Yine %8 mertebesinde de aşırı düşük teklif sorgulaması yapılması seçeneği kullanılmıştır.

Bunların haricinde, idarelerimizin gerçekleştirdiği ihalelerde sözleşme bedelleri, sınır değer ve yaklaşık maliyet arasındaki oranlara baktığımızda, ortalama olarak sözleşme bedeli, yaklaşık maliyet oranının %75 oranında olduğu yani ihale indirimlerinin %25 düzeyinde olduğu, sınır değere bakıldığında ise sınır değerın yaklaşık maliyete oranının %69 olduğunu gördük.

İdare bazında, buraya katılım gösteren idarelerimizden DSİ, Karayolları ve Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğüne ilişkin baktığımızda ise bu oranların yine benzer ortalamalarda, %72 düzeyinde olduğunu gördük.

İhale usulü tercihlerine baktığımızda ise idarelerimizin çok büyük çoğunlukla %99 oranında açık ihale usulünü seçtiğini, belli istekliler arasındaki ihale usulünü ise sadece %1 mertebesinde tercih ettiklerini görüyoruz. Bu da ihale süreçleriyle ilgili idarelerin bakışının daha çok ihale sürecini daha kısa zamanda sonuca getirmek olduğu anlamına geliyor. Bu bakımdan, idarelerin ihale tarihi ve sözleşme süreleri arasındaki geçen süreye baktığımızda, DSİ'nin ortalama 47 günde, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün ise 45 gün ortalamasında ihaleleri sonuçlandırdığını görüyoruz.

Sınır değer tespiti

Esas önemli mevzumuz olan sınır değer tespitine ilişkin, 25 Ocak 2017'de bir değişiklik yaptık. Yaptığımız değişiklikle birim fiyat teklif mektubu ve geçici teminatı uygun olduğu birinci oturumda tespit edilen isteklilerin teklifleri üzerinden, aşırı düşük teklif sınır değerın tespiti mümkün kılındı. Tabii bildiğiniz üzere, daha önceki süreçte, yeterlilik koşullarını sağlayan geçerli teklifler üzerinden 37. maddeye göre sınır değer hesaplaması yapılmakta ve sınır değer altında ve üzerinde kalan teklifler, bu aşamada belirlenmekteydi. Ancak bu süreçte gerçekleşen yapım ihalelerinde, idarelerin sınır değer tespiti aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesi sonucu alınan kesinleşen ihale kararı ile öğrenilmesi sonrasında yeterlilik koşullarını sağlamadıkları gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılan istekliler bir yana, diğer istekliler tarafından yapılan şikâyet başvuruları ile isteklilerin yeterlilik koşullarını sağlamadıklarına yönelik başvuruların her

durumda ihalede olması gereken sınır değerın değişmesi sonucunu ortaya çıkarmaktaydı. Kuruma yapılan şikâyet başvurularının hak aramaktan ziyade, sınır değerın değiştirilmesine yönelik şikâyetlerin olduğunu da gözlemledik. Çoklu bir şikâyet mekanizması var. İdareye başvuru, Kurumumuza başvuru, idare mahkemeleri ve Danıştay nezdinde başvurular yapılabilmektedir. Başvuruların her bir aşamasında alınan kararlar ile farklı bir sınır değer tespiti sonucu ortaya çıkmaktaydı.

Kurumumuza başvuru sonrasında sözleşmenin imzalanması mümkün olduğundan, bundan sonraki yargı sürecinde gerçekleşen sınır değer tespitine ilişkin değişikliklerde ihale, üzerinde bırakılan isteklinin de değişmesi sonuçları ortaya çıkıyor.

Bütün bu nedenlerle sınır değerın daha objektif bir şekilde hesaplanması ve hesaplama sonrasında değişme riskinin daha asgariye indirilmesi adına, sınır değerın ilk oturumda, teklif mektubu ve geçici teminatın usulüne uygun sunan isteklilerin teklifleri üzerinden tespiti ile sonraki aşamalarda sınır değerın değişmesi sonucu ortaya çıkan sorunların çözümlenmesi amaçlanmış. Bu noktada pek tabii olarak sınır değeri etkilemeye yönelik manipülatif tekliflerin olabileceğine yönelik tereddütleri gidermek adına, düzenleme sonrası gerçekleşen ihaleler üzerinde bir analizde bulduk. Burada 2014 ve 2016 yılları arasında gerçekleşen ihalelerdeki geçerli teklif sayısının toplam teklif sayısına oranı, %98 iken şu anki üç aylık dönemde %97,50'ye düştü. İncelenen 3.162 ihalede %54'ünde geçersiz teklifin zaten bulunmadığı, dolayısıyla mevcut değişikliğin bir etkisinin olmayacağı, geçersiz tekliflerin bulunduğu 1.458 ihalede ise sınır değerda binde 4'lük bir artışın olduğu gözlemlendi. Dolayısıyla bu aşamada, düzenleme sonrası geçen üç aylık sürede sınır değeri etkilemeye yönelik manipülatif teklif hareketinden söz edilmesine çok imkân bulunmadığını düşünüyoruz. Ancak idarelerimizin yaşamış olduğu münferit olaylar da göz ardı edilmiyor ve bu süreç, takip edilmeye devam ediyor.

Diğer yaptığımız bir değişiklik, iş denetleme ve iş yönetme belgelerinin kullanımına ilişkin hak kazanma tarihinin tespiti. Bu noktada düzenlemeyi yaptık, kişinin görevden ayrıldığı tarih, işin ilk sözleşme bedelinin tamamlandığı tarih ve toplam sözleşme bedelinin %80'e ulaştığı tarihler arasında hangisinin kişiye uygun olduğunun tespitinin yönetmelik düzeyinde sağlandığı gerekli

düzenlemeyle. Tabii bildiğiniz üzere, Kurul kararları ile konu belli bir noktada yön bulmuştu ancak yönetmelikle gerekli değişiklik yapılarak sorunun çözülmesi amaçlandı.

İş denetleme-iş yönetme belgesi düzenlenebilen kişi sayıları konusu

Kanun ve yönetmeliklere göre, iş denetleme-iş yönetme belgesi düzenlenebilen kişi sayısının fazla olduğu yine dile getirildi. Tabii, kimi işlerde 15-16 kişiye, kimi işlerde de az önce söylediler, 35-36 kişiye kadar iş denetleme-iş yönetme belgesi düzenlenebileceği söyleniyor. Ancak sistemde, EKAP kaydıyla iş deneyim belgelerini zorunlu hâle getirdiğimiz için artık sistemde faal hâlde bulunan iş deneyim belgelerinin hangi türden olduğunu tespit edebiliyoruz. Bu noktada, yaptığımız incelemede ise bu iş deneyim belgelerinin sadece %20'sinin iş bitirme belgesi dışında olduğu yani iş denetleme ve iş yönetme belgesi olduğu, dolayısıyla toplam içerisinde önemli bir yer ihtiva etmediğini düşünüyoruz.

İş deneyim belgelerinden bahsetmişken iki konuyu daha eklemek gerekir. 2014 yılında bir değişiklik yapmıştık, kat karşılığı ve arsa karşılığı işlere ilişkin belgelerin düzenlenmesine ilişkin esasları getirdik. Diğer bir konu da yap-işlet-devret modeliyle gerçekleştirilen işlere ilişkin iş deneyim belgesi düzenlenmesine ilişkin. Bu konuyla ilgili halihazırda bir düzenlememiz yok ancak çalışmamız devam ediyor. Bu konuyla ilgili de çeşitli sorunlar var. Sözleşmelerin parasal bedel içermiyor olması, bedelin hesaplanma sorunu ve söz konusu belgelerin kimlere verileceği konularının açıklığa kavuşturulması gerekiyor.

Ocak ayında yaptığımız düzenlemelerden bir diğeri ise banka referans mektubunun istenilmesi zorunluluğunu kaldırması ile artık idarelerin seçimine bırakıldı.

Oda kayıt belgesi ve internette EKAP üzerinden teyit edilebilen belgeler

Diğer bir konu, oda kayıt belgesi ve internette EKAP üzerinden teyit edilebilen belgeler. Oda kayıt belgesi, bildiğimiz üzere, her ihalede tüm isteklilerin ayrı ayrı sunması gereken, her ihalede ayrıca alması gereken belgeydi. Bu noktada artık teklif mektuplarında getirilen yeni ifade ile söz konusu belgenin sunulması taahhüde bağlandı. Sadece ihale, üzerinde bırakılan isteklinin sözleşme aşamasında sunması yeterli hâle getirildi.

Diğer bir durum ise iş deneyim belgelerinin EKAP'a kaydı ile ve de diğer kamu kurumu ve kamu kurumu niteliğindeki kuruluşların internet siteleri üzerinden teyit edilebilen belgelerin sunulması durumunda, bu

belgelerde, belgelerin sunulmuş şeklinin aranmaması düzenlemesi getirildi.

Fiyat dışı unsur düzenlemesi

Ocak ayına kadar yaptığımız düzenlemelerin geneli bunlar. Diğer bahsetmem gereken birkaç konu daha var. Fiyat dışı unsur düzenlememiz yapıldı biliyorsunuz, yaklaşık iki yılı geçti. Bu noktada idareler, Kurumumuzun yaptığı düzenlemeyi çok ciddi manada kullanıyorlar. Çoğunlukla kullanılan iş kalemlerinin yaklaşık maliyetteki ağırlık oranı ile tekliflerdeki iş kalemlerinin ağırlık oranını birbirine uyumu. Bu, olumlu geri dönüşler yaptı.

Diğer taraftan, bazı kurumlarımız zaten hâlihazırda fiyat dışı unsur olarak teklif yapısının uyumu haricinde kalite, nitelik puanlaması şeklinde puanlama kriterleri getirmiş durumdadır. Bunlar da ihale, üzerinde bırakılacak isteklinin sadece teklif fiyatıyla belirlenmesinin önüne geçiyor.

Getirilen yeni düzenleme, idarelerin ihtiyacına cevap vermekte. Teklif yapısının yaklaşık maliyete uyumunun ihale üzerinde bırakılacak isteklinin belirlenmesi noktasında kazandığı önemden dolayı isteklinin toplam teklif fiyatına dokunulmaksızın birim fiyat bazındaki dağılımının ihale konusu işi sözleşme kapsamında bitirebilmesini temin edecek şekilde, idarenin belirlediği oranlarda kalması sağlanmıştır.

Diğer bir değişikliğimiz, tabii Karayolları Genel Müdürlüğü temsilcimiz çok katılmamakla birlikte, ihale dokümanını yükleme sınırını kaldırdık. Bu, idarelerimiz tarafından olumlu karşılandı.

Yaklaşık maliyetin gizliliği konusu

Diğer bir konu, yaklaşık maliyetin gizliliği konusu defaten dile getirildi. Yaklaşık maliyetin gizliliği konusunun olumlu-olumsuz, açıklanması-açıklanmaması konusunda çeşitli tereddütler var. Daha üzerinde tartışılması gereken ve bildiğiniz üzere kanun değişikliği gerektiren bir konu.

Fiyat farkı verilmesi konusu

Fiyat farkı verilmesi noktasında, idarelerin farklı tercihleri var. Çok büyük çoğunlukla idarelerimiz, genel endeksi kullanıyor. Burada az önce de ifade edildi, genel endeksler yerine malzemeye bağlı endekslerdeki katsayıların kullanılması daha doğru. Bu noktada, idarelere daha çok iş düşüyor, idareler, bu katsayıları doğru belirledikleri durumda mekanizmanın çalışmasına engel bir şey yok.

Son olarak Sayın Başkanımız, diğer katılımcıların hepsi dile getirdi, Kuruma yapılan itirazın şikâyet başvuruları sonrasındaki yargı süreci, sözleşmelerin yürütülemez hâle gelmesine sebep oluyor. Bu konunun da daha geniş tartışılması gerekiyor.

H. NECATİ ERSOY

Sektör Görüşleri

Sayın Başkanım, Değerli Katılımcılar;
Konferansımıza hoş geldiniz.

Konferansımızın düzenlenmesinde katkısı ve desteği için Kamu İhale Kurumumuzun Başkanı Sayın Güleç'e, Kurul üyelerine ve tüm bürokratlarına teşekkür ediyoruz. Sunumları için kıymetli panelistlerimize de İNTES adına teşekkür ediyoruz.

Üyelerimizden gelen bazı önemli konuları sizlere arz etmek istiyorum. Bu konular, genel sorunlara yönelik tespitlerdir. Bugün sektörümüzden çok sayıda temsilcimiz aramızdadır. Dile getirilen konuların dışındaki genel hususları kendileri de yatırımcı kuruluş temsilcilerimizin ve Kamu İhale Kurumumuzun dikkatine sunacaklarına inanıyoruz.

Kamu İhale Kurumumuz, son derece samimi ve uluslararası normlara uygun düzenlemeler yapmaktadır. Son derece iyi niyetle yapılan bu düzenlemeler, çeşitli nedenlerle yıpratılmakta veya esnetilmeye çalışılmaktadır. İdarelerimiz ise hem kamu menfaatini gözetmek hem yatırımları mümkün olan en kısa sürede tamamlamak hem de eseri fen ve sanat kurallarına göre inşa ettirmek hedefini esas almaktadırlar. Ancak tüm bu samimi ve iyi niyetli çabalar, sonuçların doğru çıkmasına yetmemektedir. Birilerinin bir açık bulmasını ve kötü niyetli davranışları engellemek adına bazen izahtan varesten konularla uğraşmak, onları düzenlemek, denetlemek yükümlülüğü yine biz sivil toplum kuruluşlarına, Kamu İhale Kurumuna ve yatırımcı kuruluşlara kalmaktadır.

Sayın Başkanım, Değerli Konuklar;

On iki maddede sıraladığımız hususları dikkatinize sunmak istiyorum.

1. Sınır değer tespitinde, teklif mektubu ve geçici teminat ile birlikte iş deneyim belgesi geçerli olan isteklilerin tekliflerinin dikkate alınması:

Sınır değer tespitinin çeşitli aşamalarda değişmesini engellemek adına, ilk müracaatta istekliler teklif mektubu ve geçici teminat sunarak sınır değer sabitlenmektedir.

Bu, sektörden gelen tepkiler, talepler ve çeşitli olaylar neticesinde, "İstekli" tanımını karşılamayan insanların da teklif vermek suretiyle sınır değeri âdeta bir noktaya getirmek üzere çabalarda olduğunu göstermektedir. Bu nedenle üyelerimizden gelen talepler, en azından sınır

değerin tespitinde teminat mektubu, teklif mektubu ve usulüne uygun ve Kanun'da istenen şartlara uygun en azından iş deneyim belgelerinin de bu aşamada istenmesinin doğru olacağı yönündedir.

2. İş denetleme-yönetme belgelerinde yer alan ilgilinin mesleğiyle ilgili olarak hissesine düşen belge tutarı veya ilgilinin görev unvanıyla ilgili olarak hissesine düşen toplam tutarın, iş deneyim belgesine konu olan toplam iş miktarını geçmemesi:

İkinci konumuz, iş denetleme ve yönetme belgelerinde iki hususu dikkatlerinize arz etmektir. Üyelerimizden bir tanesi bir iş için örnek çalışma yapmıştır. İşin miktarı 1.000 lira, denetleme nedeniyle alınan belge miktarı 2.000 lira, yönetme nedeniyle alınan belge miktarı 15.000 lira, bu işten toplam ortaya çıkan iş miktarı 17.000 lira. İşin kendisi 1.000 lira. Dolayısıyla üyelerimizin taleplerinden biri, iş denetleme-yönetme belgelerinde yer alan ilgilinin görevi sırasında işin gerçekleştirilen tutar toplamının, ilgilinin mesleğiyle ilgili olarak hissesine düşen belge tutarı veya ilgilinin görev unvanıyla ilgili olarak hissesine düşen toplam tutarın, iş deneyim belgesine konu olan toplam iş miktarını geçmemesi yönündedir. Yani asıl iş yüklenicisi, 1.000 liralık belge alıyorsa denetleme ve yönetme belgelerinin toplamı da 1.000 lira ile sınırlanmalıdır.

3. Tüzel kişi istekli tarafından iş deneyim belgesini göstermek üzere sunulan denetleme ve yönetme belgeleri ya da mezuniyet belgeleri, tüzel kişiliğin en az bir yıldır, yüzde %51'i veya daha fazla hissesine sahip olmaları ve teminat süresince (kesin kabule kadar) bu oranın muhafaza edilmesi:

Tüzel kişi istekli tarafından iş deneyim belgesini göstermek üzere sunulan denetleme ve yönetme belgeleri ya da mezuniyet belgeleri, tüzel kişiliğin en az bir yıldır, %51'i veya daha fazla hissesine sahip olmaları ve teminat süresince kesin kabule kadar bu oranın muhafaza edilmesi kanunen düzenlenmiştir ancak kamu kurum ve kuruluşlarımızın değerli temsilcilerinin ve Kamu İhale Kurumumuzun Başkanının da ifade ettiği üzere, bu %51 sahip olmak ve bir iş süresince bunu muhafaza etmek aslında tamamen bir idari işlemden ibarettir.

Önerimiz: Mademki bir kişi, bir şirketin %51'ine sahiptir ve bu kişi %51'ine sahip olduğu firma tarafından bir işi yapmayı hedeflemiştir, o zaman yönetim kurulu üyesi şirket müdürü sıfatıyla idari, mali, teknik bütün sorumlulukların da

ortağı olmalıdır. Nasıl ki müteahhidimiz, 4735 sayılı Kanun'a göre ve Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre on beş yıl süreyle yapımından sorumlu olmuşsa, nasıl ki müteahhidimiz, herhangi bir işte iş kazası geçiren bir işçi nedeniyle mahkemeye çıkmak zorunda kalıyorsa, %51'ine sahip olduğu şirketin iş denetleme ve yönetme belgesi sıfatıyla sahip olduğu şirketin sorumluluklarına da bu arkadaşlarımız dahil olmalıdır. Genel müdürlerimizin söylediği gibi ellerini taşın altına koymalıdır diye üyelerimizden talep gelmektedir.

4. Yaklaşık maliyeti eşik değer üzerinde olan yapım işleri ihalelerinde, aşırı düşük teklif sorgulaması yapılmaması:

Yaklaşık maliyeti eşik değer üzerinde olan yapım işlerinin ihalelerinde aşırı düşük sorgulaması; bu sorgulamanın yapılmaması gerçekten hem ihale sürecini uzatmaktadır hem bir idarenin sorgulamayı kabul ettiği hususları diğer idarenin kabul etmemesi nedeniyle uygulamada yeknesaklık olmamaktadır. Aşırı düşük teklifte; Kanun'da yer alan %9, %15 teminat mektubu alanın ihale, üzerinde bırakılmalıdır ve bunlar ihale dokümanında ve ilanda belirtilmelidir ya da aşırı düşük sorgulaması yapılmadan aşırı düşük teklifler değerlendirme dışı bırakılmalıdır diye, üyelerimizden talep gelmiştir.

5. İhale dokümanlarında fiyat farkı verilmesinin ve ağırlık katsayıları belirlenmesinin zorunlu hale getirilmesi, karşılıklı anlaşma yolu ile sözleşmenin tasfiyesine imkan tanınması:

Üyelerimiz, ihale dokümanlarında fiyat farkı verilmesini ve ağırlık katsayılarının belirlenmesini, özellikle büyük miktardaki işlerde çok ciddi sıkıntılar olduğunu vurgulamışlardır. Bu konudaki önerimizden bir tanesi, bütün sözleşmelerde mutlaka fiyat farkı olacağı yer almalıdır. İkincisi, artık TEFE-TÜFE ya da üretici fiyatları, tüketici fiyatları ortalamasından, biraz ileri giderek katsayıların, belirlenmiş genel endekslerden de vazgeçilmelidir. Örneğin, katı ve sıvı yakıtlar için Türkiye İstatistik Kurumunun yayınladığı alt sektörler göre endeks sonuçları tablosunun 232 numaralı rafine edilmiş petrol ürünleri; çimento için 365 numaralı çimento, kireç, sıva alçısı; demir için 273 numaralı işlenmiş demir çelik ürünleri sütunlarındaki gibi demirin üretimine yönelik değil, demirlerin kullanımına yönelik endeks sayıları alınarak gerçekten o işte o fiyat artmışsa üyelerimize bu katsayılar uygulanarak ödenmelidir diye, üyelerimizden talep gelmektedir. Ama bu katsayılar için de mutlaka analizine uygun katsayılar, genel katsayılar yerine her işe özel katsayı olarak belirlenmelidir.

6. Yapım işleri genel şartnamesinin, teklif birim fiyat sözleşmeler için ayrı, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeler için ayrı olarak düzenlenmesi:

Yapım İşleri Genel Şartnamesi, tek şartname olarak uygulanmaktadır. Üyelerimizden gelen önemli bir talep de teklif birim fiyat sözleşmeleri için ayrı, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeler için ayrı Yapım İşleri Genel Şartnamesi yapılması yönündedir.

7. Teminat mektuplarında her ne suretle olursa olsun idarece alınan teminatlar, haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz hükmü:

Az sayıda üyemizden gelen bir talebi daha arz etmek istiyorum. Bu talep, "Teminat mektubunun idarece alınan teminatları haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz." cümlesinden hareket etmektedir. Bu talebe göre, KİK mevzuatında idare ve yönetici şirketlerin eşit koşullarda sözleşme tarafını sağlamak adına, bu hükmün değiştirilmesini öneriyorlar. Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler için bir sınırlama getirilmelidir. Yüklenici şirketin başka bir ticari ilişkisinden kaynaklanan borcu için idaredeki teminat mektubu, haczedilememeli veya tedbir alınamamalıdır ancak sözleşmenin tarafı için geçerli olmadığı, açık bir biçimde düzenlenmelidir. Yani, bir ihtilaf varsa bu ihtilaf sonucu kesinleşmeden teminat mektubuna ilişkin işlem yapılması engellenmelidir.

8. Yurt dışı iş deneyim belgeleri EKAP kaydının 01.07.2017'ye alınması:

Diğer bir talep ise Kamu İhale Kurumunu şükranla yâd ettiğimiz bir konudur ki o da yurt dışından alınan belgelerin sisteme dahil edilmesidir. Ama burada bir istihdamımız daha var: Bildiğiniz gibi bu sisteme dahil edilmesi, 1.7.2018 tarihinden itibaren geçerlidir. Biz, bunun 1.7.2017'ye alınmasını ve mümkün olan en kısa sürede bu sistemin yürürlüğe konmasını talep ediyoruz.

9. Yaklaşık maliyetin gizli olmaktan çıkarılması:

Üyelerimizce, bütün idarelerimizin belirttiği gibi artık sadece Kanun'daki ibaresiyle gizli kalan bu yaklaşık maliyetin gizliliğinden, gizli olmayan gizliliğinden vazgeçme zamanı gelmiştir diye ifade edilmektedir. Çünkü sadece Kanun'da "Gizli" yazıyor, aslında gizli değil, herkes biliyor; idarelerimiz de müteahhitlerimiz de biliyor. Zaten o kadar çok insanın bildiği şeyin sır olmaktan çıktığını da söylemeye gerek yok. Çünkü yaklaşık maliyete aslında aday ve isteklilerin bankalar nezdindeki kullanılmamış nakdi ve gayri nakdi

kredisi ya da üzerinde kısıtlama bulunmayan mevduatına yönelik yeterlilik kriterinin belirlenmesinde, aşırı düşük tekliflerin tespit edilmesi ve sorgulamasına yönelik sınır değer tespitinde, Kamu İhale Kurumuna yapılacak olan şikâyet başvurularına yönelik itirazın şikâyet başvuru bedelinin belirlenmesinde, ihalenin sınır değerinin altında teklif veren isteklilerin biri üzerinde bırakılmasına karar verilmesi hâlinde alınacak olan kesin teminat mektubunun tutarının belirlenmesi de dahil o kadar çok görevi vardır ki yaklaşık maliyetin, dolayısıyla bu kadar görevi olan birisinin gizli kalmasına gerek yoktur. Üyelerimiz, bunun açıklanmasında yarar vardır diye düşünüyor.

10. İhale işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, idare mahkemelerinin yerine Kamu İhale Kurulu kararlarına karşı ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'ın görevli mahkeme olması:

İhale işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, idare mahkemelerinin yerine artık Kamu İhale Kurulu kararlarına karşı doğrudan Danıştay'a müracaat edilerek ivedi yargılama sistemine geçilmesini öneriyoruz. Bu nedenle yargılamadaki kademelerin azaltılması, yatırımların beklenen zamanda tamamlanmasına imkan verecektir. Bu nedenle öncelikle İdari Yargılama Usulü Kanun'un 20/A maddesinde yer alan ihale işlemleri için 30 günlük dava açma süresinin 10 gün gibi makul bir süreye çekilmesi önem arz etmektedir.

Diğer yandan gerekli bilgi ve tecrübeye sahip yüksek mahkemenin, Kamu İhale Kurulu kararlarına karşı açılacak davalarda ilk derece mahkemesi sıfatıyla görevli olması ve kesin karara hükmetmesi şeklinde yapılacak bir düzenlemenin ivedi yargılama usulüne ve usul ekonomisine önemli katkılar sağlayacağı kuşku götürmeyecek önemli bir düzenleme olacaktır.

11. Hakim etki:

Bir önemli konu, yine üyelerimizden gelen ve bunu kamu kurum ve kuruluşlarının da sıkça dile getirdiği, teklif veren kuruluşların hâkim etkisi konusudur.

Aynı hâkim etki altında olanlar veya hâkim etki sahibi ile birlikte bu kişinin hâkim etkisi altındakiler tarafından aynı ihaleye başvuruda bulunma veya teklif verme hallerinin yasak filler kapsamına alınması faydalı olacaktır.

Ancak hakim etkinin var olup olmadığının tespit edilmesi ve hangi yöntemler ile tespit edileceğine ilişkin bir yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

İsteklilerden gerekli bilgi ve belgelerin istenmesi ve/veya Rekabet Kurumu tarafından yapılan incelemeye benzer şekilde Kurum tarafından bankalara sorulmak suretiyle bir inceleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

12. Geçmiş döneme yönelik fiyat farkı ve tasfiyeye ilişkin kanun maddesi önerisi:

Bu husus Kamu İhale Kurumumuzun konusu değil ama genel müdürlerimize de bütün kurum ve kuruluşlara da arz ettik, geçmiş dönem fiyat farkı kararlarına yönelik Mecliste bekleyen maddenin geçirilmesi için topyekûn bir harekete girişmemiz lazım ve fiyat farkıyla birlikte, fiyat farkı belirlenmesine rağmen bu işi bitiremeyecek firmalarımızın da tasfiye yapması için kamu kurumuna ve ilgili ihale üzerinde kalan şirkete bu yetkinin verilmesi meselesidir.

1. OTURUM

SORU CEVAP BÖLÜMÜ



DEHA EMRAL

OTURUM BAŞKANI

Değerli konuklar, bütün konuşmaları dinlediğimiz zaman şöyle bir tablo çıktı ortaya: Yatırımcı kuruluşlar ve sivil toplum örgütleri bir şekilde yaklaşık maliyetin ihaleden önce açıklanmasını yani gizli olmaması gerektiğini savunuyorlar. Tabii bu yaklaşık maliyetin açıklanması demek, sınır değerın hesaplanmasında yeni bir model geliştirmek demek olabilir veya bu modelle gidilebilir.

İkincisi, EKAP'a kayıt zorunluluğu her tarafta olumlu karşılanmasına rağmen, süresinin biraz uzun olduğu yani daha öne çekmek mümkün olursa ve de sertifikasyona geçilmesi sağlanabilirse rahatlamalar olacağı düşünülüyor.

Aşırı düşük tekliflerle ilgili sivil toplum örgütleri ve idarelerin bizimle aynı boyutta, aynı tarafta olduğumuzu görmek de bizim açımızdan sevindiricidir. Aşırı düşük sorgulaması yapılmayan bir ihale kısmı eklenmesinden yana gözüküyorlar. Denetleme ve yönetme belgesi sahiplerinin sorumluluklarının Kamu İhale Kanunu'nda tarif edilmesi de önemli bir konu. Aslında bunların çoğu düzeltilebilirse Kamu İhale Kurumuna gelen şikâyetlerin bir kısmının da önüne geçileceğini düşünmekteyim.

Diğer bir husus da alt yüklenici kullanılmasına sınır getirilmesi. Aslında alt yüklenici kullanımı, idarelerin iznine tabidir. Sözleşmesel olarak idarenin isterse %99'unu yapamazsın deme hakkı var, diye biliyorum ancak Kamu İhale Kanunu'nda nasıl tarif edilir, bilemiyorum.

Genelde baktığınız zaman, aslında son yönetmelikle beraber, belgeler konusu gündeme geldi. Belgeleri ihaleden önce geçerli teklif

boyutunda yani sınır değeri belirleyen yerde kullanalım- kullanmayalım hususu gündeme gelmişti. Yönetmelik çıkarken Kamu İhale Kurumuna gelen şikâyetlerin büyük bir çoğunluğu belge üzerinden olduğu için Kamu İhale Kurumunun görüşü, "Belgeleri de koymayalım." şeklindeydi. Ben de belgelerin aslında bir şekilde sınır değer hesaplamasının içinde olması gerektiğini düşünenlerdenim ama belgeler de gerçekten şikâyet konusunun en yüksek olduğu yer, burayı nasıl çözeriz, bunu biraz daha tarafların karşılıklı istişare etmesi gerekir diye düşünüyorum.

Önemli olan en rekabetçi, en uygun, en şeffaf ihale sistemini kurabilip hem memlekete hem de müteahhit arkadaşlarımıza rekabetçi ortamda yarışma imkânını sağlayabilecek bir kanun yaratabilmektir.

İnelson İnşaat ve Ticaret A.Ş. Duygu Saka

"DSİ tarafından ihalesi yapılan işlerde kısmi geçici kabulü olmayan işlerde iş durum belgelerindeki hektar alanı kullanılmıyor. İş durum belgelerine hektar yazılmasına rağmen puan alınmamaktadır. 'Sulamaya açılan alan' ifadesi yeterli değil midir?"

Şadiye Yalçın

Konuyla ilgili olarak Proje ve İnşaat Dairesi Başkanlığımız koordinasyonunda, Sayın Genel Müdürümüzün de bahsettiği gibi bu konularda fiyat dışı unsurların dengeli teklif dışındaki kısmıyla ilgili DSİ olarak yeni bir çalışma yapıyoruz, hem yeknesaklığı sağlamak hem de rekabeti artırmak adına, bunu değerlendiriyoruz.

Duygu Saka

"İhale dosyası içerisinde, firma ortaklarının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaralarının yer alması şart mıdır? Şartsa beyan şeklinde sunulabilir mi?"

Orhan Seçkin

Biliyorsunuz değişiklik yaptık Tebliğ'de, 15 Mart'ta geçerli olmak üzere EKAP'a kayıt edilmeleri zorunlu hâle getirildi. Ayrıca teklif dosyasında da sunulması gerekiyor.

Duygu Saka

Beyan yeterli mi yoksa noter onaylı mı olacak?

Orhan Seçkin

Beyanınız, EKAP'tan ilgili bilgilerin teyidi için gereklidir. EKAP'la ilgili bir çalışma sorunuz var. Verimsiz çalışmanın gerekçelerini bize ayrıca yazın, EKAP'la ilgili temsilcilerimiz burada. Sistemle ilgili geri dönüşleri, **444 0 545** numaramızdan da yapabiliyorsunuz.

Duygu Saka

Yüksek içerikli dosya indiriyorum. Sürekli problem yaşıyorum dosya içeriğiyle ilgili. Zaman sıkıntısı var, çalışma yapamıyoruz. Yani illa idareden dosyayı temin etmem gerekiyor. Bu da EKAP'ın sağladığı kolaylığı ortadan kaldırıyor.

Orhan Seçkin

Yani bizim sistemle ilgili karşılaştığımız peyderpey sorunlar oluyor ama ilgili daire başkanımız Cevat Aslanbaş burada isterseniz bir söz verelim.

KİK EKAP Dairesi Başkanı Cevat Aslanbaş

Öncelikle herkese merhabalar. EKAP'ta doküman yükleme sınırını kaldırdık. Kaldırdığımız süreçte de biz normalde, ihalelerin hem ihale dokümanlarını yüklemesinde hem de isteklilerin bu dokümanı indirmesinde teknik açıdan çok fazla problem yaşamıyoruz. Yaşanılan problemler daha çok sizin internet bağlantınızdan kaynaklanan problemler olabilir. Bu durumda da bizim hizmet masasına müracaat ederseniz gerekli teknik yardım verilecektir. Dokümanın elektronik ortamda size iletilmesi bile sağlanabilecektir.

TCDD Genel Müdürlüğü Teoman Deveci

Görüşüm doğrultusunda, Kamu İhale Kurumu yetkilisine bir soru yöneltmek istiyorum. Kamu İhale Kurumumuzun yükü gerçekten ağır, sorumluluğu ağır, önemli bir işi yürütüyorlar. Ben, deneyimlerime göre bu sertifikasyon konusunun çok önemli olduğunu düşünüyorum. Bu konuda yapılacak yeniliklerin ya da uygulamaların ihtilaflar, ihale süreçlerinin kısaltılması, manipülasyonlar ve benzeri birçok sıkıntıyı minimize edeceğini

düşünüyorum. Kısaca ifade edersem, iş deneyim belgesi, bilanço, ciro vesaire, bu gibi yeterlilik kriterlerinin idareler ya da yüklenicilerle yani isteklilerce, Kamu İhale Kurumuna ibraz edildikten sonra orada bir birim içerisinde sertifika edilmesi sonucu ihalelere başvuran isteklilerin bunların çıktılarını alarak dosyalarında belirttiklerinde idarelerin birçok yükünün azalacağını, ihtilaflar yönünden, hukuki süreçlerin birçok manipülasyon, fiyat tekliflerine kadar uzanacak birçok alanda pratik bir imkan sağlayacağını, uygulamanın çok çok rahatlayacağını düşünüyorum. Kamu İhale Kurumumuzun bu konudaki düşüncesi nedir? Bu konuda bir çalışması var mıdır?

İkinci olarak; İhale komisyonlarının da idarelerde sorumlulukları var. Bürokratik olarak memuriyet noktasında ağır sorumlulukları ya da iş yükleri var. İdarelerde bu komisyonlarımızın ihtisaslaşması lazım, tek bir birim hâline getirilmesi düşüncesindeyim. Bu sayede hem izolasyon hem uzmanlık- ihtisaslaşma hem de farklı uygulamaların önüne geçilmesi ve ihalelerin bir an önce sonuçlandırılmasına yönelik faydalar olacağını düşünüyorum. Bu konuda da Kamu İhale Kurumumuzun düşüncesi ya da çalışması var mıdır?

Orhan Seçkin

Bahsettiğiniz şey, genel manada, ilk kısmı için elektronik ihaleye geçiş. Kurumumuz zaten yaklaşık iki yıldır bu konuda çalışıyor. Bir aşaması da iş deneyim belgelerinin EKAP'a kaydedilmesi, diğer bir aşaması oda kayıt belgesi, ticaret sicil belgelerinin artık sisteme entegre olacak şekilde istenilmeyecek hâle getirilmesi, devamında yapılacak gelişmelerle ve diğer kurumların katkılarıyla ancak elektronik ihale sistemine geçiş mümkün olabilecek. Ancak, bu kısa vadede gerçekleşecek bir şey değil. İş deneyim belgeleri ve diğer isteklilerin sertifikalandırılması konusu. Tüm bu sistemin çözümü, nihayetinde elektronik ihale sonucunu doğuracak. Bizim çalışmalarımız devam ediyor, diğer paydaşların da bu konuda gerekli katkıları vermeleri lazım; katkıyı veriyorlar ama nihayetinde tüm bu çalışmaların belli bir aşamaya gelmesi, süreç istiyor. Şu an devam ediyor çalışmalarımız.

İhale komisyonlarımız için söylediğiniz sorumluluklar muhakkak var. İhtisaslaşma önemli bir konu. Çoğu kurumumuzda ihale daire başkanlığı kurulmuş durumda zaten; işte Karayolları Genel Müdürlüğünde Program İzleme Dairesi Başkanlığı var, Toplu Konut İdaresinde İhale Dairesi Başkanlığı var. İhtisaslaşma bir noktada

idarelerimizin önemli bir şekilde üzerinde durması gereken konu ama DSİ Genel Müdürlüğüne baktığımızda, ihale yetkisi bulunan ve ihale yapabilecek durumda olan yüzlerce birim var.

Bu, üzerinde çalışılabilecek bir şey ama yine de tek bir yere toplanmasının artıları olduğu gibi eksi yönleri de olabilecektir. Şu anki aşamada yine idarelerin kendi tasarrufunda olan bir konu.

ENK Yapı İnşaat A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı Deniz Kızılırmak

İlanda olan ihalelerle ilgili bir sorum olacak. Bursa'da bir işiniz var, ihale ilanına çıkmış. Bu işte ek puan istenen kısımda, ön yüzü beton kaplamalı beton iş bitirmeli bir baraj istenmektedir. Yani dolgu baraj yapan veya silindirle sıkıştırılmış yapan, bu ihaleye katılamayacak mı?

Bir diğer sorum da dengeli puanlama, bir de gizli puanlama yapılmış bu işte, daha önceden kaldırılmıştı bunlar. Yani burada idarece belirlenen puanlama var. Konuyu sayın idaremizin bilgisi olması amacıyla gündeme getiriyorum.

Şadiye Yalçın

Bölge Müdürlüğümüzle de görüşeceğim. Deniz Bey, söylediğim gibi bu fiyat dışı unsurlarla ilgili, evet, DSİ'de çok çeşitli uygulamalarımız var. Bunları, biraz rekabeti artırıcı yönde düzenlememiz gerekiyor. Bu çalışmalar devam ediyor.

Deniz Kızılırmak

Mali yeterlilikle ilgili kısımlarda %15 yapım cirosu denilmekte, %25 de diğer hususlar yani diğer işlerden, satışlardan ciro denilmektedir. En azından diğer kısımdan olan cironun, yapım yani bu işin emekçilerinin cirosu %15 iken, dışarıda adam nohut satıyor, bakkal işletiyor, mazot satıyor, altın satıyor geliyor ciro yapıyor, bizimle aynı ihaleye giriyor. En azından onların cirosunun %25 değil de %50 olmasını istiyor. Yani mali yeterlilikte de o işin erbabının, o işten getirdiği ciroyla işe girmesini istiyoruz. Bahse konu bu hususta bir temennimiz olacak.

Orhan Seçkin

%15 ve %25 konusu tabii biri tamamlanan, öbürü devam edenle ilgilidir. Faturalar sunulduğunda, faturaların yapım işine ilişkin olması şartı var. Dolayısıyla haricen başka bir şey kullanılmıyor. Ancak gelir tablosunda, isteklinin diğer faaliyetlerinden elde ettiği gelirleri kullanmasına engel koymak uygun olmayabilir.

Deniz Kızılırmak

En azından oranı Kanun'a girsin ama %25'le değil de %50'yle girsin. O zaman işte müteahhit türemez, o zaman iki günde müteahhit ortaya çıkmaz. Çünkü ben yapım işi yapıyorum, iş yaparak ciro elde ediyorum. Diğer adamın toptan satıştan elde ettiği bir ciroyla benimle aynı ihalede yarışabilmesi gibi bir mevzu olmamalıdır.

Orhan Seçkin

Haklısınız ama ihalede, katılımda tek yeterlilik koşulu mali koşul olmadığı için diğer koşullarla bir arada değerlendirmek lazım. Düşünelim biraz daha.

Deniz Kızılırmak

Yani %25 değil de en azından %50 ciro istenmesinin daha uygun olacağını düşünüyoruz.

Orhan Seçkin

Mevcut önerinizi dikkate alacağız.

Haselsan İnşaat A.Ş. Yönetim Kurulu Üyesi Asude Öztürk Camadan

Aslında sürekli kurumlara da dile getirdiğim bir soruyu, yine Kamu İhale Kurumumuzun huzurunda sormak istiyorum: İhale birim fiyat cetvellerinde genel giderlerin açılmasını istiyoruz çünkü işin eksilmesi durumunda genel giderlerimiz azalmadığı hâlde eksiliyor. Artı işlerin firmalardan kaynaklanmayan, durumlardan kaynaklı fesihlerde veya tasfiyelerde yapılan genel giderlerin geri alınması söz konusu olmuyor. Kurumlar, Mevzuatta da bunun yeri olmadığını bildiriyor. Mesela, bir şantiye kurulumu olsun, damga vergisi olsun, noter masrafı olsun, bunların hepsi sabit giderler. Ayrıca bu giderlerin üstüne biz firma olarak işin süresi boyunca bunu finanse etmek durumunda kaldığımız için ek bir maliyet yüklüyoruz, bu da devletin işinin maliyetini artırıyor. Dolayısıyla eğer bunlarla ilgili hakediş yapabilirsek işlemler gerçekleştikten sonra gerçekten firmaların eli çok daha rahat olur.

Bir de bu ihale hazırlık sürecinin şartnamelerde ve benzeri yerlerde 40 gün gösterilmesine rağmen yaklaşık, eşik değer üstünde olan işlerde EKAP galiba 33 gün süreye bir kısıtlama veriyor. Bu süre de çok yetersiz. Bazı işlerin aşırı derecede projeleri var. Gerçekten bunları tek tek mühendislik bazında çalıştığımızda, 33 günde tip olmayan projelerin metrajlarını çıkarmakta zorlanıyoruz. Aynı anda birden çok işe hazırlandığımızı düşünürseniz,

iki yılda yapılan bir projenin 33 günde tekrar metrajlanması bizim için çok zor. Ya idarelerin bize sanat yapıları ve benzeri paçallara ayrılacak kalemlerin metrajlarını ihaleyle beraber ekte vermesi veya da sürenin uzatılmasını istirham ediyoruz.

Orhan Seçkin

Genel giderler için ayrı bir iş kalemi açılın şeklinde bir talebiniz var. Tabii, şu anki mevzuatta birim fiyat teklif cetveli için iş kalemleri bazında bir sıralama yapılabiliyor. İş kalemleri hazırlanırken de idareler genel gider ve diğer karşılıklar adına, kamu kurum rayçilerini kullandığı zaman %25 müteahhit kârı ve genel gider ekleyip fiyatları bir arada gösteriyorlar. Kamu kurumu zaten %25 olarak öngördüğü değeri, isteklilerin kendisine bırakıyor. Kanuni zorunluluklar var sigorta, vergiden kaynaklı, sözleşme, genel giderler şeklinde. Bu noktada, ayrı bir satır açılması şu ana kadar bir gereklilik olarak gözükmedi ama sonrasında şu an talebiniz doğrultusunda bir şey gerekir mi gerekmez mi bunu tartışmamız lazım.

Diğer bir konu da ihale süresinin kısalığı. Bu da 40 günlük süre. Elektronik sisteme geçtiğimiz için 7 günlük bir azalma oluyor. 33 günlük süre noktasında da bize şimdiki kadar kısıtlayıcı geri dönüş olmadı. Bildiğiniz üzere, ihale dokümanlarına da şikâyet oluyor, idarenin zeyilnameleri oluyor. Sadece 33 günün kullanılarak teklif alınan ihale sayısı çok az. Her halükârda bu 33 gün esiyor ve teklif hazırlama noktasında istekliler zaten idareden sadece zeyilname talebinde bulunuyor, açıklama talebinde de bulunuyorlar.

Asude Öztürk Camadan

Bir diğer husus da idareler bize bütün yazışmaları EKAP üzerinden elektronik tebliğ ediyorlar ama bizim faksla tebliğlerimiz artık kabul olmuyor. İdarelerde, özellikle bölgelerde, elden ıslak imzalı teslim istiyorlar. O zaman da bu ihale süreçlerinde gene çok büyük zaman kaybı oluyor. Bizim de EKAP'tan Tebliğ'e cevap verme veya böyle bir durumumuz mümkün olmuyor. Bizim de ihaleyle ilgili herhangi bir şikâyetimizin veya itirazımızın kuruma elektronik olarak gönderilmesi de mümkün olursa çok memnun oluruz.

Orhan Seçkin

Değerlendirelim.

Asude Öztürk Camadan

Teşekkür ederiz.

Okar İnşaat Dara Palaoğlu

Sayın Başkanım, bu toplantınız ve önceki toplantılarınızda sık sık gündeme gelen iş deneyim ve iş denetleme belgeleriyle ilgili şikâyetleri dinliyoruz. Haklısınız, birtakım sorunlar var, yok değil ama şunun da dikkate alınması lazım: Bizim teknik elemanlar olarak profesyonel yaşamda kazandığımız tecrübelerle bu tarafa geçerek o tecrübelerimizle yüklenici olarak da devam ettiğimiz bilinmesi gerekir. Yani bu sonuçta Kanun'un bize tanıdığı olduğu bir hak. Yani bu haktan mahrum edilmemiz mevcut Kanun'un bize tanıdığı olduğu bu imkânları değerlendirip oluşturduğumuz işletmelerin kapatılması gibi bir süreci başlatır. Burada sizden ricam, özellikle KİK Başkanlığına söylüyorum, yapılacak önemli değişikliklerin, mesela ,iş bitirme oranının %50 olduğu dönemde bu %80'e çıkarıldı. Bu tür büyük değişiklikler, firmalar açısından sıkıntı yaratabilir ama tabii ki bu sizin tasarrufunuzda. Burada büyük değişiklikler söz konusu olduğunda işletmelerin de zarar görmemesi açısından genelde büyük değişikliklerde verilen 1 yıllık sürenin daha uzun tutulması talebinde bulunuyoruz.

Şunu anlatmaya çalışıyorum. Önemli değişiklikler yapılıyor bazen, kararlar alınıyor, saygıyla karşılıyoruz.

Orhan Seçkin

"Geçiş süreci koyalım." diyorsunuz.

Dara Palaoğlu

Tabii. Geçiş sürecinde genelde önemli değişikliklerde bir yıl dikkate alınıyor ama mevcut işletmelerin de durumunun dikkate alınarak bu bir yıllık sürenin uzatılması yönünde talebimiz olacak, eğer böyle bir düşünceniz varsa.

Orhan Seçkin

Geçiş süreci gerekli görülen hallerde konuluyor, dediğiniz konuyu da dikkate alalım.

Dara Palaoğlu

Teşekkür ederim.

Devlet Demiryolları Genel Müdürlüğü, Orhan Cengiz Akkurt

Bu soruyu sormayacaktım ama yap-işlet-devret konusundan bir soru geldiği için bu soruyu sorma ihtiyacı hasıl oldu bende. Bizim devlet olarak elimizde, 4734 sayılı bir yap-işlet-devret Kanunumuz var. Enerjinin ve Sağlık Bakanlığının birkaç tane. Bizim devlet olarak artık yeni

modeller, yeni iş modelleri üretme zamanımız gelmedi mi, süre geçmiyor mu? Yani klasik ihale yöntemi dışında başka yöntemlerle iş yapma zamanımız gelmedi mi? Bu konuda çalışılması, düşünülmesi gerekiyor mu? Hangi modellerden ne kadar verim elde ettiğimizin ortaya konulması gerekiyor mu? KİK modeliyle elde ettiğimiz netice nedir? Yap-ışlet-devret modelinde elde ettiğimiz netice nedir? Başka modeller ne olmalı? Aslında büyük fotoğrafın orada olduğu yeni modeller üzerinde düşünülmesi gerekiyor mu?

Teşekkür ederim.

Deha Emral

Büyük resme inşallah hep beraber bakacağız diye düşünüyorum. Teşekkür ediyorum sorunuz için.

Haşemoğlu İnşaat A.Ş. İhale Müdürü Yavuz Selim Taşkın

Öncelikle herkese saygı ve selamlar. Batı'da metraji normalde verirler yani şu kadar kazı, bu kadar beton, bu kadar demir var diye ona göre hesaplama yapılır, kontrolünü de size bırakırlar. Ama bizde metraji, bütün inşaat şirketlerine bırakıyorlar ve bu zor bir iş. Bazı büyük işlerde çok vakit alan, bir iki ay sürebilecek bir iş ve şirketlerin büyük bir çoğunluğu bunu yapmıyor. Bunun üzerine ne yapılıyor? İhale nasıl alınabilir? Sınır değerini az üstünde kalırsak biz bu ihaleyi alabiliriz. Her şey bu sınır değerini üzerine dönmeye başlıyor. Ve bu, sizin de bildiğiniz gibi kendi alt firmaları, 10-15 tane firmasına belge alırdırabiliyor, arkadaşlar bir araya gelebiliyor, sıralanıyorlar 20, 21, 22, 23, 24, "Biz aşırı düşüğü şu sınıra çektik, bu sınırın üzerinde kaldık, biz bu işi alabiliriz." Ondan sonra bir tanesi alıyor, ya beraber alıyorlar ya anlaşılıyorlar vesaire ama bütün iş, bu sınır değerini üzerine dönüyor. Ve şirketler gerçekten bir yaklaşık maliyet çalışması, bir metraj çalışması, bir fiyat çalışması yapmak yerine bu sınır değeri tahmin edebilir miyiz veya bunu manipüle edebilir miyiz üzerine çalışıyorlar. Ya bu çok sağlıklı bir ihale süreci, bu doğru bir şey mi? Yani böyle mi gitmesi gerekiyor? Yani bir metraj verilse, insanlar bilseler. "Gerçekten bu işin yapılabilirliği nedir, biz bunu yapabilir miyiz?" diye. Körleme teklif atmasalar. Bazen intihar teklifleri oluyor. Adam, işi bir alıyor, "Allah Allah, ben aldım ama bu mümkün değil, bu fiyatlara yapılmazmış, ben yanlış hesaplamışım, hesaplamamışım." diyor. Bu garip bir şey değil mi?

Teşekkür ediyorum.

Orhan Seçkin

Dedikleriniz doğru ancak teklif veren tarafların dürüst olmasıyla çözülecek bir konu. Yani

istediğimiz kadar mevzuat düzenlemesi yapalım, istediğimiz kadar kural koyalım, taraflar dürüst olmadıkça bu sorun çözülmeyecek. İkinci bir konu da teknik eleman çalıştırmadıkça da bu iş çözülmeyecek. İkisini bir arada yaptıktan sonra mevzuat yapmaya zaten gerek kalmıyor.

Yavuz Selim Taşkın

Şimdi, dediğiniz gibi aynı usulde 10 yıldır ihalelere teklif veriyorum. İlk seferde ben de normal, alıştığım Batı usulü çalışıp ihaleye teklif vermeye başladım ama sonra gördüm ki bu iş böyle yürümüyor. Yani aşırı düşüğü tutturabilirsem, sınır değerini üstünü tutturabilirsem ihale alıyorum, öbür türlü alamıyorum. Yani bu modele dönmek zorunda kaldım, Türk usulü iş yapmak zorunda kaldım. Buna bir regülasyon, bir düzenleme gerekiyor mu? Yani "Herkes dürüst olsun." ile olunmuyor.

Eser Taahhüt A.Ş. Genel Müdür Yardımcısı İhsan Kaş

Genellikle sorunların dile getirilmesine dikkat ettiğimizde, hep ihale süreci ve ihale öncesi süreçlerde sorun varmış gibi; hem sorular hem de KİK'in bazı uygulamaları... Oysa biliyoruz ki en çok bize yansıyan ve devletin kaybı, işlerin yürütülmesi ve sözleşme süreçlerinin yürütülmesindeki sorunlar. Buna yönelik idarelerin de elini rahatlatacak ara kontrol noktası niteliğinde KİK'in spesifik bir çalışması veya buna da süreçler içerisinde idarelerin rahatlıkla karar verebileceği şekilde metodolojik bir çalışma var mıdır? Çok önemli olduğunu düşünüyorum.

Orhan Seçkin

Bildiğiniz üzere 4734, 4735 bizim kapsamımızda. 4734 kapsamındaki süreç, ihale süreci, bize şikâyet konusu ediliyor. Sözleşme imzalanınca görevimiz orada tamamlanmış oluyor. Sonraki kısımda ise sözleşmenin uygulanmasına ilişkin 4735'le ilgili düzenleme yapma yetkisi yine bizde ve günümüze kadar çok fazla bir değişiklik olmadı. Ancak söylediğiniz süreçlerle ilgili aksamalar, yargı süreci, yargı süreci sonrasında da sözleşmenin el değiştirmesi, ihale, üzerinde bırakılan isteklilerin değişmesi konusu. Diğer bir konu ise sözleşmenin uygulanmasındaki problemler. Bu, daha geniş tartışılması gereken bir konudur. Şu an yürüttüğümüz herhangi bir çalışma yok bildiğim kadarıyla ama sözleşmenin uygulanması da üzerinde çalışılması gereken önemli bir konu. Şu aşamada bir çalışmamız yok.



2. BÖLÜM

ELLİ DÖRDÜNCÜ ÇÖZÜM ARAMA KONFERANSI
**“4735 SAYILI
KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU
UYGULAMALARI VE SORUNLAR” KONFERANSI**

11 MAYIS 2017

AÇIŞ KONUŞMALARI



DEHA EMRAL
İNTES Yönetim Kurulu
Başkan Vekili

DEHA EMRAL

Sayın Başkanım, AK PARTİ Ordu Milletvekili Plan ve Bütçe Komisyonu Üyemiz Sayın Ergün Taşçı, Sayın Genel Müdürlerim, Sayın Bürokratlarım, Çok Kıymetli Meslektaşlarımız;

54. Çözüm Arama Konferansı'mıza hepiniz hoş geldiniz, sözlerime başlamadan önce Yönetim Kurulu adına hepinizi saygıyla selamlarım.

Konferans'ımızı, "Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun Uygulamaları ve Sorunları" konularına ayırdık.

Geçtiğimiz hafta, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndaki değişiklikleri ve sorunları konuşmuştuk. Kamu İhale Kurumu Başkanımız Sayın Hamdi Güleç ve yatırımcı kuruluşlarımızın genel müdürleri, açılış konuşmalarını yapmışlardı. Kendilerine, bize gösterdikleri destekten dolayı şükranlarımızı sunuyorum.

Konferans'ta yapım işi ihalelerinde ortaya çıkan sorunlar ve bunlara yönelik yapılan değişiklikler, her bir idareci kuruluş tarafından değerlendirildi. İNTES olarak sektör sorunlarına ilişkin sorunlarımızı raporlarımızda anlattık.

Hem kamu hem de sektörümüzün temsilcileri soru ve değerlendirmelerini sundular. Sayın Başkan Hamdi Güleç ve genel müdürlerimiz bizlere son derece duyarlı yaklaşmaktadırlar. Gelecekte yatırımların hızlı tamamlanması yönünde çözümler üreteceğimize dair inancımız artmıştır. Bugün kamu ihale sözleşmeleri konusunu gündeme alacağız. Konunun uzmanları değerli hocalarımız, yapım işlerini ilgilendiren konularda ayrıntılı değerlendirmelerde bulunacaklar.

Öncelikle yoğun programları arasında zaman ayırdıkları için kendilerine teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Değerli konuklar, inşaat sektörümüz, ülkemizin kalkınmasına yön veren sektörlerin başındadır. Örneğin, inşa ettiğimiz her baraj binlerce kişiye istihdam alanı yaratıyor, inşaat malzemeleri, makineler, çok sayıda sektörü harekete geçiriyor. Barajlar tamamlandıktan sonra tarım ve enerji sektörü, dolayısıyla ekonomiye sürekli katkı sağlamaktadırlar. Keza yollar, köprüler, demir yolları, boru hatları, sulama kanalları, sağlık tesisleri, binalar da ekonomiye hareket getiren önemli yapım eserleridir. Bu denli önemli bir sektörün sorunlarının çözümüne yönelik alınacak yol, daha fazla yatırım yapmak için teşvik edici bir unsur olacaktır. Ülke olarak kaynaklarımızı boşa harcama lüksümüz yoktur. Kaynaklarımızı maksimum verimlilikte kullanmak zorundayız. Bu amaçla işlerin belirlenen zamanda uygun maliyetler ve makul kârlılık

oranlarıyla tamamlanabilmesi için ihalelerin de şeffaflık, rekabet, gizlilik, güvenlik ilkeleriyle yapılması önem arz etmektedir.

Çağdaş yaklaşımların ele alındığı bir kanunumuzun olduğunu biliyoruz. Kanun'da, sözleşmelerin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. Nitekim, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "İlkeler" başlıklı 4. maddesinde şöyle denmektedir: "Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir." Taraflar arasında yararlar dengesi, hukuk devletinin temel ilkesidir. Bu kapsamda, Kamu İhale Kurumumuzun idareler ve yükleniciler olarak ortak paydada buluşacak çözümler üretmeliyiz.

İnşaat sözleşmeleri, yüklenicilerin iş sahibine ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında, taşınmaz bir eser meydana getirip bunu teslim etmeyi borçlandığı bir sektördür. Biz yükleniciler olarak, devletimizin eserlerini beklenen fen ve sanat kuralları içinde ifa etmeye hazırız. Yeter ki eşit bir rekabet ortamını temin eden bir ihale sistemimiz olsun.

Değerli konuklar, öncelikle 4 Mayıs tarihinde gerçekleştirdiğimiz toplantıda gündeme aldığımız ihalelerde, sektörümüz açısından önem arz eden konu başlıklarını paylaşmak istiyorum. Bu konular; aşırı düşük teklifler, sınır değer tespiti, iş denetim ve yönetme belgeleri, adil fiyat farkı uygulamaları, yurt dışında elde edilen iş deneyim belgeleri, ihalelerde itirazlar ve yargı süreçleri nedeniyle oluşan gecikmelerdi. Bugün ise İNTES olarak 4735 sayılı Kanun kapsamında sözleşme uygulamalarından kaynaklanan sorunları gündeme alıyoruz. Konunun uzmanları değerli hocalarımız, Kamu İhale Kurumunun değerli temsilcileri, yatırımcı kuruluşların temsilcileri bizleri aydınlatacak ve önemli konulara değineceklerdir.

Sektörümüzün duayenlerinden Sendikamızın Disiplin Kurulu Başkanı Sayın Ahmet Çelik de tecrübeleri doğrultusunda görüşlerini sektörümüz adına aktaracaktır.

Sayın Ali Rıza Yücel oturum başkanlığında çok kıymetli akademisyenlerimiz, deneyimli hukuk uzmanlarımız ve Kamu İhale Kurumu uzmanlarımız çok kıymetli bilgilerini aktaracaklardır.

Elbette kamu ve özel sektörümüzün kıymetli temsilcilerinin görüşleri, önerileri ve soruları toplantımıza önemli katkı sağlayacak ve başarı grafiğini de artıracaklarını ifade etmek istiyorum. Konunun tarafları olan yükleniciler ve idarecilerimiz için önemli sonuçlar alınacak bir toplantı olması dileğiyle hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum.

OTURUMLAR

1. OTURUM



Oturum Başkanı
ALİ RIZA YÜCEL
Avukat ve İnşaat Mühendisi



AV. RECEP YALÇIN
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi
Onursal Üyesi



**PROF. DR.
KORKUT ÖZKORKUT**
Ankara Üniversitesi
Siyasal Bilgiler Fakültesi
İşletme Bölümü Ticaret
Hukuku Anabilim Dalı Başkanı



**DOÇ. DR.
FERHAT CANBOLAT**
Hacettepe Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi



ERKAN ÖZDEMİR
Kamu İhale Kurumu
Kamu İhale Uzmanı



TAKDİM

Bugün oturumumuzu yönetecek olan Ali Rıza Yücel, sektörümüzün değerli temsilcilerindedir. Kendisi 1974 yılında İstanbul Teknik Üniversitesi İnşaat Fakültesinden mezun olmuştur. 1989 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirmiştir. Arbulucudur. Kamu İhale Kanunu ve Yönetmelik çalışmalarımızda görev almıştır. 2004 Deprem Şûrası'nda Kurumsal Yapılanma Komisyonunda görev almıştır. Devlet Planlama Teşkilatı Teknik Müşavirlik ve Müteahhitlik Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonunda görev almıştır.

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünde, "İnşaat Sözleşmeleri ve Tahkim Hukuku" konularında lisansüstü programını tamamlamıştır. Alt ve üst yapı projelerinde, çok sayıda projede şantiye şefliği ve proje müdürlüğü yapmıştır. Halen Aydiner İnşaat İş Planlama ve Proje Geliştirme Koordinatörü olarak görev yapmaktadır.

Kamu İhale Yasası, Kamu İhale Sözleşmeleri Yasası, Büyükşehir Belediye Yasası, Belediye Yasası, İmar Yasası, Yapı Denetimi Hakkında Yasa, Sözleşme Hukuku, FIDIC Sözleşmeleri, İç ve Dış Tahkim, Arbuluculuk ve bu yasalarla ilgili mevzuat, çalıştığı ve yakından ilgilendiği alanlardır. Temel Tahkim Eğitimi, HUMK ve MTK Hükümleri Çerçevesinde Tahkim Hukuku Eğitimi, HMK Hükümlerinin 4686 sayılı MTK Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Açıklanması Konulu Tahkim Eğitimi, FDIC Sözleşmeleri ve Şartnameleri Eğitimi, Kamu İhaleleri Eğitim Programı, Kamu İhale Mevzuatı Eğitimi, İhale Uygulamaları Eğitim Programı aldığı eğitimler arasındadır. Ankara İli Hukuk ve Ceza Mahkemelerinde bilirkişilik, tahkim uyuşmazlıklarında hakemlik ve bilirkişilik yapmaktadır. Yayınlanmış, 300'e yakın makalesi, incelemesi ve araştırması bulunmaktadır.

Böyle ciddi bir özgeçmişli olan Sayın Başkanımızı, oturumu yönetmek üzere yerine arz etmiş oldum.



OTURUM BAŞKANI ALİ RIZA YÜCEL

Sayın Necati Bey'in ve daha önce Sayın Başkanımızın övgü dolu sözlerine teşekkür ederim. Benim hakkımda biraz fazla bir iyimserlikle bahsettiler. Ayrıca kendilerine teşekkür ediyorum.

Kamu kurumlarımızın Değerli Yöneticileri, Değerli Mensupları, İNTES'in Değerli Üyeleri ve Mensupları, Değerli Konuklar, Saygıdeğer Hanımefendiler ve Beyefendiler;

İNTES'in geleneksel hâle gelen ve 54'üncüsü bugün gerçekleştireceğimiz Çözüm Arama Konferansı'na hoş geldiniz, onur verdiniz.

Bu Konferans'ımızın konusu, "Yapım Sözleşmelerinin Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıklardır." Konuların fazlalığı nedeniyle bunların ancak birkaç tanesini bu toplantıda ele almak olanaklı olacaktır. O nedenle bu uyuşmazlıkların bir bölümünü bu toplantıda, masaya yatıracağız. Tespit edilen bu konular üzerinde uzmanlarımızın, iş sahibi idarelerin ve yüklenicilerin görüşlerini ve çözüm önerilerini alacağız. Tüm bu bilgi paylaşımının taraflara ışık tutacağı kanısındayım. Programın yoğunluğu nedeniyle toplantıyı hemen başlatmak istiyorum

ancak daha önce kıymetli vakitlerini bize ayırdıkları için değerli hocalarımıza ve uzmanlarımıza katılımlarından dolayı ayrı ayrı teşekkür eder ve şükranlarımı sunarım.

Birinci konuşmacımız Sayın Recep Yalçın.

Recep Bey, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi onursal üyesi. Recep Bey, kendi isteğiyle emekli oldu, 15. Hukuk Dairesinden. Zaten Recep Bey'i tanımayan olduğunu sanmıyorum ayrıca fazla özgeçmişlerine de girip zamanınızı da almak istemiyorum. Hakediş düzenlenmesi ve hakedişlere yönelik davalar hakkında Recep Bey'in deneyimlerinden yararlanacağız.



AV. RECEP YALÇIN

Hakediş Düzenlenmesi ve Hakedişlere Yönelik Davalar

Geçici hakediş raporları

Yüklenicinin belli bir dönemde yaptığı işler ile ihzarattan doğan alacakları, kesin ödeme niteliğinde olmamak ve kazanılmış hak teşkil etmemek üzere geçici hakediş raporlarıyla kendisine ödenir. Kesin hakediş raporu ise yüklenici ile olan hesabın nihai olarak kesilmesi niteliğindedir.

Hakediş raporunun içeriğine ilişkin düzenlemelere Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliğinin 7. ve 54. Maddeleri ile Mahalli İdareler Harcama Belgeleri Yönetmeliğinin 6. ve 42. Maddelerinde yer verilmiş ve ihale veya doğrudan temin usulüyle yapılacak yapım işlerinde, sözleşme ve/veya şartname hükümlerine göre yerine getirilen taahhütlerin bedellerinin ödenmesinde belirtilen şekilde hakediş düzenleneceği açıklanarak;

Yapım işleri hakediş raporu

Bu raporun, yapım işlerinde yükleniciye ödenecek ara ve kesin hakediş tutarının hesaplamasına esas olan belgelerden oluşacağı, yapım türüne göre ilgili sayfaları ve gerekli görülen diğer belgeleri düzenlenerek yüklenici ve yapı denetim elemanlarınınca imzalanacağı ve yetkili makamca onaylanacağı;

Yapı, tesis ve onarım giderlerinin ödenmesinde, taahhüt dosyası, fatura ve yapım işleri hakediş raporunun ödeme belgesine ekleneceği belirtilmiştir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin yukarıda zikredilen 39'uncu maddesi, geçici hakediş raporları ile ilgili olup 39/1 – fıkrasında birim fiyat esasına göre yapılan işlerin bedellerinin ödenmesinde uyulacak esaslara yer verilmiştir. Buna göre, sözleşmeye ekli birim fiyat teklif cetvelinde yazılı veya sonradan düzenlenen yeni birim fiyatlar ile metrajlarından hesaplanan iş kalemi miktarlarının çarpımı üzerinden elde edilen tutardan kesintiler çıktıktan sonra kalan kısım, yükleniciye ödenecektir. Birim fiyat teklif cetvelinde herhangi bir iş kaleminin öngörülmesi ve birim fiyatının gösterilmesi yükleniciye mutlaka o nevi işi yapma hakkı vermeyecektir.

Yükleniciye yaptığı işler ve ihzarattan doğan alacaklarının geçici hakediş raporları ile ödenmesi kesin ödeme niteliğinde sayılmayacak ve kazanılmış hak teşkil etmeyecektir. Hakediş raporu içeriğinde yer alacak metrajlar, yeşil defter ve eklerinde de gösterilecektir.

Yeşil defter; bir işe başlandığında yapılan işlerin miktarlarının kaydedildiği defterdir. Her hakediş döneminde hazırlanan metrajlar, bu deftere eklenir. Hakedişe girecek olan imalat metrajları, yeşil defterde aynen yer alır. Yeşil defter, kontrol mühendisi tarafından her hakediş için bir önceki yeşil defterdeki metrajlar da göz önünde tutularak üç kopya halinde düzenlenecek ve hakedişe eklenecektir. (Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği M. 10.19.2)

Yüklenici, kesin hesapları yapı denetim görevlisinin denetimi altında yürütmek zorunda olup bu halde geçici hakediş raporlarının düzenlenmesinde bitmiş iş kısımları için kesin metrajdaki miktarlar dikkate alınacaktır.

YİĞŞ 39. maddesinin 2. fıkrasına göre, anahtar teslimi götürü bedel esasına göre yapılan işlerin bedeli, ihale dokümanında öngörülen ilerleme yüzdeleri (pursantaj) üzerinden, sözleşmesinde yazılı esaslara göre ödenecektir;

Pursantaj tablosu, ihaleden önce işin yaklaşık maliyetine giren iş kalemlerinin yaklaşık maliyet içerisindeki ağırlıkları esas alınarak hazırlanır ve ihale dokümanının bir parçası olarak isteklilere verilir. Pursantajın ayrıntılı biçimde ve yaklaşık maliyette yer alan tüm iş kalemlerini içerecek şekilde hazırlanması önemlidir.

Anahtar teslimi götürü bedel esasına göre ihale edilen işlere ait tip sözleşmesinin 30.Maddesine göre, geçici kabul noksanları için düzenlenen her hakedişte, yapılan iş tutarının %3'üne karşılık gelen kısmı tutulur ve bu tutar, geçici kabul noksanı bulunmayan işlerde geçici kabul onayı tarihinden

sonra, geçici kabul noksanı bulunan işlerde ise bu eksikliklerin tamamlanmasını müteakip, geçici kabul onayı tarihinden sonra yükleniciye ödenecektir. Fiyat farkı ödenen işlerde bu tutar, sözleşme tarihinden itibaren endeks üzerinden güncelleştirilmek suretiyle kesilecektir.

Sözleşmede belirtilmiş olmak kaydıyla geçici kabul noksanları için düzenlenen her hakedişte, yapılan iş tutarının %3'üne karşılık gelen kısmı karşılığında teminat mektubu da alınabilecektir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 39'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında ise karma sözleşmelerde yapılan işlerin bedellerinin ödenmesinde; birim fiyat teklif alınan iş kısımlarında birinci fıkrada belirtilen, anahtar teslimi götürü bedel yapılan iş kısımlarında ise ikinci fıkrada belirtilen esaslara uyulacaktır. İmalat bedellerinin hakediş raporlarına geçirilerek ödenebilmesi için işin sözleşme ve eklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılması zorunludur.

Şartnamenin 39/4 fıkrası, hakediş raporlarının hazırlanmasında uyulacak esasları düzenlemektedir. Buna göre, geçici hakediş raporları, yüklenicinin başvurusu üzerine sözleşmede aksine bir hüküm yoksa her ayın ilk beş iş günü içinde düzenlenir. Yüklenici başvurmadığı takdirde idare, en çok üç ay içinde tek taraflı olarak hakediş düzenleyebilecektir. Yıllara sari olmayan işler için son hakediş raporu, bütçe yılının sonuna rastlayan ayın yirminci günü düzenlenmiş olacaktır.

İşe başlandığı tarihten itibaren meydana getirilen işler, yapı denetim görevlisi tarafından yüklenici ile birlikte ölçülür ve bulunan miktarlar hakediş raporuna dahil edilir.

Sözleşmesine göre ihzarat (herhangi bir imalat için gerekli malzemenin önceden alınarak şantiyede stoklanması işlemi) yapılmasının öngörüldüğü işlerde yapılan ihzaratın miktarı, yapı denetim görevlisi tarafından yüklenici ile birlikte ölçülerek bulunan miktarlar hakediş raporuna dahil edilir. İhzaratın hakediş raporuna geçirilebilmesi için işin bünyesine girecek veya yardımcı olarak kullanılacak malzeme olması ve fiyatının ihale dokümanında gösterilmiş bulunması gereklidir. İşin başına getirilmemiş ihzaratın bedeli yükleniciye ödenmeyeceği gibi bedeli ödenen ihzarat malzemesi de idarenin malı sayılacaktır. İdare malı sayılan ihzarat ancak yetkili makamın onayı ile şantiye dışına çıkarılabilecektir. İhzaratın iş programında, sözleşme ve eklerinde belirtilecek miktarlardan fazla yapılması ise idarenin iznine bağlıdır.

Düzenlenen hakediş raporunun işleme konulması için yüklenici veya vekili tarafından

imzalanmış olması gereklidir. Hakedişe esas ölçülerin alınmasında, yüklenici veya vekili hazır bulunmazsa yapı denetim görevlisi ölçümleri tek başına yaparak hakediş düzenleyecek, yüklenici daha sonra bu hususta bir itiraz ileri sürmeyecektir. Hakediş raporu düzenlendikten sonra yükleniciye imzalanması için bir hafta süre tanınmıştır. Bu süre içinde yüklenici raporu imzalamazsa yapı denetim görevlisi, hakediş raporunu idareye gönderir ve rapor, yüklenici tarafından imzalanıncaya kadar idarede hiçbir işlem yapılmadan bekletilir. Yüklenici, hakediş raporlarını zamanında imzalamamış ise ödemede meydana gelecek gecikmeden dolayı hiç bir talepte bulunamayacaktır. İki tarafça hazırlanmış bulunan geçici hakediş raporu, tahakkuk işlemi yapılıncaya kadar yetkili makamlar tarafından düzeltilebilir. Ancak bu düzeltme sonrasında eski rakam ve yazıların okunabilir şekilde çizilmiş olarak hakediş raporunda bulunması ve düzeltme yapan yetkililerin imzasını taşıması gerekir. Düzeltmeler, yeniden sayfa düzenlemeyi gerektirecek derecede fazla ise esas sayfa üzerinde düzeltmenin yapıldığına ilişkin açıklama bulunmak şartı ile yeniden ayrı bir sayfa düzenlenerek hakediş raporuna eklenecektir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 39/4-(e) bendinde, yüklenicinin geçici hakedişe itiraz şekli düzenlenmiştir. Buna göre, geçici hakedişlere itirazı olan yüklenici, karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri idareye vereceği ve bir örneğini de hakediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hakediş raporunu, "İdareye verilen tarihli dilekçemde yazılı ihtirazi kayıtla" cümlesini yazarak imzalaması gerekir. Eğer yüklenicinin, hakediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapılıncaya kadar, yetkililer tarafından hakediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere bir itirazı olursa hakedişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok on gün içinde bu itirazını dilekçe ile idareye bildirmek zorundadır. Yüklenici, itirazlarını bu şekilde bildirmediği takdirde hakediş olduğu gibi kabul etmiş sayılır. Şartnamenin bu hükmü HUMK'nun 287. (HMK. M. 193) maddesi hükmünce delil sözleşmesi niteliğinde olduğundan görevi gereği mahkemelerce re'sen (kendiliğinden) gözetilir. (YHGK 8.12.2010 gün 2010/15-609 E, 2010/634 K. Sayılı ilamı) Hakedişlere usulen itiraz edilmemiş olması halinde, yüklenici bu hakedişe dayanarak dava açma hakkını kaybedecektir.

İşin devamı sırasında düzenlenecek her hakediş tutarından, bir evvelki hakediş tutarı çıkarıldıktan sonra kalan tutara KDV ekledikten sonra bulunan miktardan sözleşmede yazılı kesintiler, varsa yüklenicinin idareye olan borçları ve cezalar ile alınması gereken vergiler kesilir. Hakediş raporu yüklenici tarafından imzalandığı tarihten başlamak

üzere sözleşmesinde yazılı süresi sonunda, eğer sözleşmede bu hususta bir kayıt yoksa 30 gün içinde tahakkuka bağlanır, bu tarihten başlamak üzere 15 gün içinde de ödeme yapılır. Şartnamede yer alan bu hüküm muacceliyet şartı olup temerrüde esas alınması mümkün değildir.

Gerek geçici hakediş raporlarının gerekse 40. madde hükümlerine göre kesin hesapların ve kesin hakediş raporunun hazırlanması ve gerekli ölçümlerin ve bunlarla ilgili diğer hizmetlerin yapımı için yüklenici, yeterli sayıda işçi ve personeli bedelsiz olarak yapı denetim görevlisinin emrine vermek zorundadır.

Kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi

İşin geçici kabulü yapıldıktan sonra, kesin hakediş raporunun düzenlenmesine esas olacak kesin metraj ve hesapların tamamlanmasına başlanır.

Esasen, idareler, sözleşmelere özel hükümler koymak suretiyle işin devamı sırasında kesin hesapların yapılmasını sağlamaya yönelik önlemler almaktadırlar. Nitekim yapım ihalelerinde, bu hükümlere sıklıkla rastlamak olanaklıdır. Örneğin, sözleşme tasarılarında bu hususta şöyle denilmektedir.

“İşin devamı sırasında kesin hesapların yapılması” başlığı altında şu hususlara yer verilmektedir:

“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 karşılığında teminat mektubu alınır ve kesin hesaplar idare tarafından onaylanmadıkça bu teminat mektubu iade edilmez. Yüklenicinin teminat mektubu vermemesi durumunda ise kesin hesabı idareye verilmemiş imalatlara ait tutarların %5’i tutulur ve kesin hesaplar idare tarafından onaylanmadıkça bu tutarlar ödenmez.” denilmektedir.

Görüldüğü üzere idareler, kesin metraj ve hesapların bir an önce bitirilmesini arzu ve teşvik etmektedir.

Yapı İşleri Genel Şartnamesi, kesin hesap ve kesin hakedişi, sözleşme türlerine göre ayrı ayrı düzenlemektedir.

I) Birim Fiyat Esaslı Sözleşmelerde

a. İşin geçici kabulü yapıldıktan sonra kesin hakediş raporunun düzenlenmesine esas olacak kesin metraj ve hesapların tamamlanmasına başlanır. 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 sürede 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.

d. 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 (60 gün) içinde incelemesi için tebligat yapılır. Yüklenici, incelemesini daire dışında yapmak isterse kesin metraj ve hesapların asil olmayan suretlerinden bir takımı kendisine verilir. Yüklenici, kesin metraj ve hesapları inceleyip itirazsız imzalarsa hesapların idarece incelenmesine başlanır.

II) 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.

III) Karma Sözleşmelerde;

İşin götürü bedel ve birim fiyat teklif alınan kısımlarında ilgisine göre birinci ve ikinci fıkradaki hükümler uygulanır.

ORTAK HÜKÜMLER

1. Yüklenicinin itirazı;

Yüklenicinin kesin hesaplara itirazı varsa altmış günlük inceleme süresi içinde idareye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Böyle yapmadığı takdirde, kesin hesapla ilgili bütün belgeleri kayıtsız kabul etmiş sayılır ve bundan sonra bu hususta yapılacak herhangi bir itiraz dikkate alınmaz.

2. Kesin Hesapların İdareye Teslimi;

Yapı denetim görevlisi, belirtilen süre içinde kesin hesapları idareye teslim etmediği takdirde yüklenici, kendi hazırladığı kesin hesapları idareye vererek incelenmesini ve onaylanmasını isteyebilir.

3. İdarenin Kesin Hesapları İncelemesi ve İnceleme Süresi;

a. Kesin Hesabın Hazırlanmasında Yüklenicinin Hazır Bulunması;

İdareler teslim aldıkları kesin hesapları, teslim tarihinden başlamak üzere, en çok altı ay (6 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.

b. Kesin Hesabın Hazırlanmasında Yüklenicinin Hazır Bulunmaması;

Yüklenicinin, kesin hesapların yapılışında hazır bulunmayıp sonradan altmış günlük (60 gün) sürede hesapları incelemesi halinde, idarenin altı aylık inceleme süresi, yüklenicinin incelemeyi bitirdiğini idareye yazılı olarak bildirdiği tarihten başlar.

4. Yapı Denetim Görevlisinin Kesin Hakediş Raporu Düzenlemesi;

Kesin hesapların ve kesin kabul tutanağının idarece onaylanmasından sonra bunlara ilişkin onay tarihlerinin sonuncusundan başlamak üzere, en çok otuz gün (30 gün) içinde, idarece onaylanmış kesin hesaplara dayalı olarak yapı denetim görevlisi tarafından kesin hakediş raporu düzenlenir.

5. Kesin Hesapların İdarece İncelenmesi Sırasında, İdarece Yapılabilecek Değişiklikler;

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. maddedeki usuller çerçevesinde dilekçe ile idareye bildirir.

6. Kesin Hakedişin Düzenlenmesi;

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

7. Hesap Kesme İşlemi;

Hesap kesme işlemi sonucunda, yüklenici idareye borçlu kaldığı takdirde borcu, genel hükümlere göre tasfiye edilir.

8. Sürelerin Uzatılması;

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.

Beni sabırla dinlediğinizi için çok teşekkür ediyorum, hepimize saygılar sunuyorum.

Av. Ali Rıza Yücel

Efendim, Sayın Recep Yalçın'a bu geniş açıklamalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Sayın Yalçın'ın değindiği konular, gerçekten çok önemli konular, hatta uyumsuzluklara neden olan konular. Onların başında, hakedişlere zamanında ve usulüne uygun olarak yapılmayan itirazlar gelmektedir. Bu da bir hak kaybına sebep oluyor. O nedenle bu hususu vurgulaması çok iyi oldu. Bir de hakedişlerin otuz gün içinde tahakkuka bağlanıp on beş gün içerisinde ödenmesi hususu yani toplamda kırk beş gün. Bu sürenin bir muacceliyet şartı olduğunu belirttiler, bu da çok önemli yani bu husus idarenin temerrüde düşmesini gerektirmiyor. Bunun için ayrıca bir ihbar yapmak gerekiyor. O konuda da çok iyi bilgi verdiler.

Yalnız ben bir konuya daha değinmek istiyorum. Sayın Recep Yalçın, sunumu sırasında Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği'ne de değindiler. Şimdi, Kamu İhale Kurumunun çok güzide, değerli mensupları aramızda olduğu için onlara bu konuda bir sitem demeyeyim de naçizane bir uyarıda bulunmak istiyorum. Yapım İşleri Genel Şartnamesi niçin yapıldı? Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi geçerli olmadığı için onun yerine Yapım İşleri Genel Şartnamesi yapıldı.

Peki, Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği neye göre düzenlenmişti? Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesindeki bir maddeye dayanarak onun bir alt yönetmeliği olarak düzenlendi. Demek ki bizim Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği'ni uygulamamız biraz zor oluyor yani zoraki bir uygulama oluyor. Öyleyse Kamu İhale Kurumundan beklediğimiz husus, Yapım İşleri Genel Şartnamesi gibi Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği'ne benzer, adına Yapım İşleri Kontrol Yönetmeliği mi dersiniz, ne dersiniz deyin, bir kontrol yönetmeliğinin yapılması zaruri hale gelmiştir. Hatta bu hususa, yargı kararlarında da rastlamak olanaklı. Örneğin, bazı yargı kararlarında; kontrol mühendisi, kontrol amiri, kontrol şefi gibi deyimler kullanılıyor. Oysa, Yapım İşleri Genel Şartnamesinde bu unvanlar yoktur, yapı denetim görevlisi vardır ve yapı denetim görevlisinin görevleri tanımlanmıştır. Eğer bunlara ihtiyacımız varsa bir denetim yönetmeliği yapalım, ihtiyacımız yok ise Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği'ni artık bırakalım ya da bu işi ne bileyim, birileri yapsın.

Şimdi sırada, Prof. Dr. Korkut Özkorkut Bey var; Ankara Üniversitesi Öğretim Üyesi. O da bize "Avans ve Kesin Teminat Mektupları" konusunda hazırlıklarını sunacak. Kendisine şimdiden teşekkür ediyorum.



PROF. DR. KORKUT ÖZKORKUT

Avans ve Kesin Teminat Mektupları

I. Genel Olarak

Yapım (inşaat) işlerine özgü kamu ihaleleri bakımından teminat mektupları söz konusu olduğunda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK / RG 22.01.2002, S.24648) ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda (KİSK / RG.22.01.2002, S.24648) teminatlara ilişkin, özellikle de teminat mektupları hakkında hüküm mevcuttur.

4734 sayılı KİK M. 35 hükmü, "teminat mektupları" başlığını taşımakta olup birinci fıkrasında, "Bu Kanun kapsamında verilecek teminat mektuplarının kapsam ve şeklini tespiti Kamu İhale Kurumu yetkilidir." demektedir. Hükmün son fıkrasında, "İlgili mevzuatına aykırı olarak düzenlenmiş teminat mektupları kabul edilmez." düzenlemesi yer almaktadır.

Yine inşaat işleri bakımından değerlendirilmesi gereken Yapım İşleri İhale Uygulama Yönetmeliği'ne (Yönetmelik) bakıldığında, Yönetmeliğin "Teminatlar" başlığını taşıyan 56. maddesinin dördüncü fıkrası hükmünün, "İstekli veya yüklenici tarafından teminat olarak banka teminat mektubu verilmesi hâlinde, bu teminat mektuplarının kapsam ve şeklinin, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan standart formlara uygun olması zorunludur. Standart formlara uygun olarak düzenlenmemiş

teminat mektupları geçerli kabul edilmez." dediği görülmektedir.

Bu düzenleme yaklaşımı, kamu ihaleleri açısından verilebilecek teminat mektuplarının içeriğinin ancak Kamu İhale Kurumu'nun belirlediği şekilde olabileceğini göstermektedir. Bu durum, kamu ihalelerine başvuracakların ya da ihale üzerlerinde kalmış olanların verecekleri teminat mektuplarının Kamu İhale Kurumu'nun hazırlamış olduğu matbu örneklerle uygun olmasını gerekli kılmaktadır. Bu durum, farklı içerikte hazırlanmış teminat mektupları açısından, her ne kadar Yönetmelikte farklı bir lafız kullanılmış olsa da kanımızca hukuken bir geçersizlik hali teşkil etmeyecektir. Ancak böyle bir durum, 4734 sayılı KİK'in 35. maddesinin son fıkrasında ifadesini bulduğu üzere, mevzuata aykırılık olarak görülüp ilgili teminat mektuplarının kabul edilmeyeceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Bugün uluslararası uygulamalar açısından, başta Uluslararası Ticaret Odası (ICC) olmak üzere, teminat mektupları ya da teminatların bir örnek ya da yeknesak kurallarını oluşturmak üzere çabaların devam etmekte olduğu görülmektedir. Bu açıdan, Talep Garantileri İçin Yeknesak Kuralların (Uniform Rules for Demand Guaranties / URDG) 458'den sonra 1 Temmuz 2010 tarihinde uygulamaya başlanan 758 no'lu kurallar bütününe de artık özellikle yabancı finansal kuruluşlarının desteklediği projelerde ve kamu ihaleleri açısından zorunlu olarak teminat mektupları bakımından uygulamaya girmeye başladığı görülmektedir. Dolayısıyla burada mesele, esas itibarıyla bu kuralların uygulanmasının mevcut kamu ihale mevzuatı karşısında, Kamu İhale Kurumu tarafından kabul edilip edilmemesi yönünde ortaya çıkmaktadır. Kanun ve ilgili mevzuat, geçerli kabul edilmez diyerek idare tarafından bu şekilde hazırlanmış teminat mektuplarının kabul edilmeyeceğini ifade etmekte olsa da hukuki açıdan, bunun söz konusu "teminat mektubu geçersizdir" demek anlamına gelmeyeceğini belirtmekte de fayda bulunmaktadır. Bu durum, başka bir anlamda, bir uygulama problemi olarak halen mevcut bulunmaktadır.

Teminat mektubunun vereceği garanti açısından, konunun ayrıca ele alınması gerektiğini bu aşamada sadece belirtmekte de fayda bulunmaktadır. Esasen, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekindeki yapım işleri ihaleleri standart formlarında, geçici teminat mektubu (KİK023.1/Y), kesin teminat mektubu (KİK023.2/Y), avans teminat mektubu (KİK023.3/Y), (2011'de Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğine eklenmiş olan /RG.02.10.2011, S.28072) kesin hesap teminat mektubu (KİK023.4/Y) ve geçici kabul noksanları teminat mektubu (KİK023.5/Y) şeklinde, mektup örneklerinin yer aldığı görülmektedir. Bu standart formlara

bakıldığında, mümkün olduğunca harfi harfine, kelimesi kelimesine uygulanması öngörülen teminat mektubu örneklerinin hazırlanmış olduğu anlaşılmaktadır. Kamu ihale uygulamalarının, kamu hukuku niteliği taşıyan usul kuralları olduğu da dikkate alındığında, bu şekilde hareket etmenin aslında bir gereklilik olduğu genel anlamda söylenebilecektir. Ancak her iki Kanun arasındaki geçiş düşünüldüğünde, başta verilecek geçici teminat mektubunun sonrasında kesin teminata dönüşmesinde, aslında Kamu İhale Kanununa göre, bir kamu hukuku ilişkisinden, bir süre sonra Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na geçişle birlikte, bir özel hukuk ilişkisi veya Borçlar Kanunu'na tabi bir ilişki ile karşı karşıya kalındığının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

II. Kamu İhale Kanununa Uygun Olarak Verilecek Teminat Mektuplarının Ortak Özellikleri

KİK'e uygun olarak verilecek teminat mektuplarının üç ortak özelliğinden bahsetmek mümkündür.

Bir kere bu kapsamda teminat mektupları, miktar sınırlamasına tabi değildir. Kamu ihalelerine ilişkin olarak tüm bankalar, herhangi bir miktar kısıtlaması söz konusu olmaksızın kamu ihaleleri için teminat mektubu verebileceklerdir.

Bu kapsamda, teminat mektupları vadelidir (sürelili teminat mektuplarıdır). 4734 sayılı KİK'in 35. maddesine göre, bu Kanun kapsamında, bankalarca verilecek teminat mektuplarının kapsam ve şeklini tespiti Kamu İhale Kurumu yetkili kılınmıştır. Kamu İhale Kurumu, 20.11.2002 tarihli ve 24942 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış (ve sonradan değiştirilen) Uygulama Yönetmelikleri ile bu hususları tespit ve ilân etmiştir. Bu kapsamda, Kamu İhale Kanunu çerçevesinde yapılacak işlerde verilecek teminat mektupları vadelidir. Bu süreler, geçici teminat mektuplarında teklifin geçerlilik süresinin bitiminden itibaren 30 günden daha az olamayacaktır. Kesin teminat mektuplarında işin bitiş tarihi dikkate alınarak idare tarafından belirlenen süreden daha kısa süreli olamayacaktır. Avans teminat mektuplarında süre, avans ödemelerinin yapıldığı tarihten başlayarak mahsup süreleri göz önünde bulundurmamak suretiyle idarece belirlenmektedir.

Son olarak, 4734 sayılı KİK M.34. hükmüne göre, her ne suretle olursa olsun idarece alınan teminat mektupları, hacz edilemeyecek ve üzerlerine ihtiyati tedbir konulamayacaktır.

III. Teminat Mektuplarının Türleri

Esas itibarıyla yapım işlerine ilişkin kamu ihalelerinde söz konusu olabilecek teminat mektupları dikkate alındığında, teminat mektuplarının yukarıda bahsedilmiş olan ortak özellikleri de dikkate alınarak kamu ihale mevzuatı açısından teminat mektuplarının,

vadesine (süresine) ve niteliğine (konusuna) göre ayırımlarından söz etmek yararlı olacaktır. (Bu tebliğde öğretide yapılmış olan diğer ayırımlar üzerinde durulmayacaktır.)

İlk ayırım kapsamında, teminat mektuplarının vadeli (sürelili) ve vadesiz (süresiz) teminat mektubu olarak düzenlenebileceklerinden bahsetmek söz konusudur.

Niteliğine (konusuna) göre yapılacak ikinci ayırım bakımından ise teminat mektubu türleri olarak geçici teminat mektubu, avans teminat mektubu ve kesin teminat mektubu ortaya çıkmaktadır.

Teminat mektuplarına ilişkin olarak süreye tabi olup olmama yönünden yapılmakta olan ayırımda, teminat mektuplarının hukuki niteliğine ilişkin Türk hukukundaki, üçüncü kişinin fiilini taahhüt, diğer bir ifadeyle bir garanti sözleşmesi olduğu genel kabulünden hareketle, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) M.128/2 hükmünün değerlendirme konusu yapıldığı görülmektedir. TBK M.128 hükmü, üçüncü kişinin fiilini üstlenme hakkında olup ikinci fıkrası şu şekildedir: "Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir." Teminat mektupları, böyle bir ibarenin bulunup bulunmaması yönünden değerlendirilmektedir. Bu ve benzer bir ifadeyi taşıyan teminat mektuplarında bankanın tazmin yükümlülüğü, o tarihe kadar yazılı tazmin talebinde bulunulmadığı takdirde vade tarihinde sona erecektir. Garanti edilen işin vade tarihine kadar bitirilememesi halinde, genellikle teminat mektuplarının vadeleri bankaca uzatılmaktadır. Teminat mektubunda vade uzatımı, işlemin mektup vadesi dolmadan yapılması halinde, "diğer şartlar aynı kalmak koşuluyla vade ... tarihine kadar uzatılmıştır." şeklinde bir yazı ile de yapılabilmektedir. Bir teminat mektubunun vadesi dolmuş ise artık mevcut teminat mektubunun vadesinin uzatılmasından değil, yeni bir mektup düzenlenmesinden söz edilmesi gerekecektir.

Bu şekilde ya da benzeri bir ifade taşımayan teminat mektubunda, mektup içeriğinde yalnızca mektubun vadesi bulunan ancak, "vadeden sonra taahhüdün geçersiz" olduğunu belirten bir ibare bulunmayan vadeli mektuplarda risk vade içerisinde doğmak koşuluyla bankanın tazmin yükümlülüğü zamanaşımı süresi içinde / on yıl süreyle (TBK M.146) devam edecektir.

Vadeli bir teminat mektubunun vadesi ancak muhatap, banka ve lehtarın anlaşmasıyla değiştirilebilecektir.

4734 sayılı KİK'e göre hazırlanması gereken teminat mektupları vadelidir. Bu tür teminat mektuplarında bankanın tazmin yükümlülüğü açısından bakıldığında, vadeye kadar böyle bir talep gelmezse

teminat mektubunun sağladığı garanti sona erecek, teminat mektubu geçersiz hâle gelecektir. Ancak burada alternatif olarak vadenin uzatılması söz konusu olabilecektir.

Vade dolduktan sonra vadenin uzatılması yönünde bir hareket tarzı benimsenirse dolayısıyla böyle bir durumda, aslında yeni bir teminat mektubu mu verildiği, eskisinin geçersiz hâle mi geldiği konuları tartışma konusu olabilecektir. Ama böyle bir durumda, yeni bir teminat mektubunun ortaya çıktığını kabul etmek daha doğru bir yaklaşım olarak öğretide de ileri sürülmektedir.

Vade içinde riskin gerçekleşmesi şartıyla diğer bir ifade ile garanti edilen hususun süre içinde gerçekleşmesi hâlinde, teminat mektubunun tazmin edilebilir hâle gelmesi söz konusu olur. Bu çerçevede, zamanaşımı süresi de başka bir zamanaşımı süresine tabi olmayan hâllerde TBK'nın 146. maddesi açısından, on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacak ve süresi içinde olmak kaydıyla riskin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Vadesiz (süresiz) teminat mektubu da herhangi bir vade /geçerlilik süresi bulunmayan teminat mektubudur. Vadesiz teminat mektupları genellikle lehtar ve muhatap arasında sürekli iş ilişkisinin bulunduğu durumlarda verilmektedir (bayilik sözleşmeleri nedeniyle verilen teminat mektupları gibi). Daha eski olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu çerçevesinde verilen teminat mektuplarının vadesiz / süresiz olması gerekmektedir. (M.26/b) Süresiz mektuplarda, bankanın herhangi bir zamanda taahhüdünden dönmesi mümkün değildir. Vadesiz teminat mektuplarından dolayı bankanın riski, zamanaşımı süresi kadar devam edecektir. Vadesiz mektuplarda zamanaşımı süresi, riskin doğduğu tarihten itibaren on yıldır. (TBK M.146)

Teminat mektubunun niteliği (konusu) bakımından yapılmış olan ayırımında:

Geçici teminat mektubu, ihale yöntemiyle yapılan işlerde ihaleye katılabilmek amacıyla ihaleyi yapan gerçek veya tüzel kişiye hitaben verilen teminat mektubudur. Geçici teminat mektubu ile mektubu veren banka, ihaleye katılan kişinin (lehtarın) ihale, üzerinde kaldığı takdirde ihale sözleşmesini imzalayacağını ve ihale sözleşmesinde / şartnamede belirtilen süre içerisinde kesin teminat mektubunu vereceğini garanti etmektedir.

Avans teminat mektubu ise muhataba karşı bir taahhüt yüklenen lehtara, bu taahhüdünü yerine getirebilmesi için işin başlangıcında veya herhangi bir aşamasında muhatap tarafından verilen avansın geri ödeneceğinin bankaca garanti edildiği mektuptur. (Lehtar sözleşme hükümlerine uygun olarak yükümlülüklerini yerine getirdikçe verilen avans istihkaklarından kesilmek suretiyle tahsil edilmektedir. Avans teminat mektuplarında avans

geri ödemeleri gerçekleştikçe teminat mektubu meblağının bu oranda azalacağına dair ifadelere de yer verilmektedir. Bu takdirde, avans geri ödemeleri gerçekleştikçe bankanın teminat mektubundan doğan yükümlülüğü de o oranda azalmaktadır.)

Kesin teminat mektubu da ihale üzerinde kalan lehtarın sözleşmeyi imzalaması ile birlikte ihaleyi yapan makama hitaben vermesi gereken teminat mektubudur. Kesin teminat mektubu ile lehtarın, ihale edilen işi şartname / sözleşme hükümleri çerçevesinde yerine getireceği garanti edilmektedir. Lehtarın taahhüt edilen yükümlülüklerini kısmen veya tamamen yerine getirmemesi halinde, muhatap mektup bedelinin tazminini bankadan talep edebilecektir.

Her üç teminat mektubu açısından düzenlemelere daha ayrıntılı bakmakta da fayda vardır.

Geçici teminat mektupları; kamu ihalelerine katılabilmek için verilen ve işin ihaleye katılan kişi üzerinde kalması halinde, kesin teminat mektubu verilmesini ve sözleşme imzalanmasını garanti eden mektuplardır. 4734 sayılı KİK'in 33. ve 35. maddesi gereğince;

- İhale dokümanında belirtilmek şartıyla danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınması zorunlu değildir.
- Miktarı, ihalelerde teklif edilen bedelin %3'ünden aşağı olamaz.
- Geçici teminat mektupları, vadeli olacaktır. Vade, tekliflerin geçerlilik süresinden en az 30 gün fazla süreli olacaktır.

Geçici teminat mektubunun iadesi ise;

- İhaleye katılanın teklifinin kabul edilmemiş olması (en iyi teklif veya en iyi ikinci teklif olmaması),
- İhale üzerinde kalan teklif sahibinin kesin teminat mektubunu verip sözleşmeyi imzalaması, hallerinde söz konusu olur.

Geçici teminat mektubunun tazmini hakkında bakıldığında, gerçeğe aykırı hususları içeren taahhütname sunulması veya ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan verilmemesi halinde ya da KİK M.11 kapsamında ihaleye katılması yasak olan kişilerin ihaleye katılmış olması halinde, bu durumun başta tespit edilememiş ve ihale bu kişilerin üzerinde kaldıktan sonra anlaşılmış olması durumunda, geçici/kesin teminat irat kaydedilecek ve ihale iptal edilecektir.

Ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 21. maddesine göre, taahhüdün en az %80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

- a. İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,
- b. Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,
- c. Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması

hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilecektir.

Bu durumda yüklenici, taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu halde, yüklenici hakkında Kanun'un 26. maddesi hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlarının tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza, hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir. Teklifin esasını etkileyecek nitelikte olmamak kaydıyla belgelerde bulunan bilgi eksikliği, idarece yazılı olarak bildirilmesine rağmen belirtilen sürede bu eksikliklerin tamamlanmaması, ihale üzerinde kalan isteklinin idarenin tebliğ tarihinden itibaren on gün içerisinde kesin teminat mektubunu getirmemesi ve sözleşmeyi imzalamaması halinde de geçici teminat mektubunun tazmini gündeme gelecektir. Aynı hususlar ihale, üzerinde kalmasa dahi idarenin ikinci teklif sahibiyle sözleşme imzalamak istemesi halinde de geçerli olacaktır.

İhale üzerinde kalan kişinin teminat mektubunu vermemesi veya sözleşmeyi imzalamaması nedeniyle yeniden ihale yapılması ve iki ihale bedeli arasında idare aleyhine bir fark oluşması halinde, iki ihale arasındaki bedel farkından doğan tazminattan geçici teminat mektubu bedeli de mahsup edilecektir.

Kesin teminat mektupları da, 4734 sayılı KİK'in 43. maddesine göre, ihaleye katılanın taahhüdünü, sözleşme ve ihale dokümanı / şartnamesi hükümlerine göre yerine getirmesini sağlamak amacıyla ihaleyi kazanan kişiden alınan teminat mektubudur. Miktarı, ihale bedelinin %6'sı kadardır. Fiyat farkı gündeme gelirse fiyat farkı olarak ödenecek bedelin %6'sı oranında ek teminat mektubu da alınacaktır.

Normal olarak ihale şartnamesi ve sözleşme hükümlerine göre yüklenicinin yükümünü yerine getirdiği ve işten dolayı idareye herhangi borcun bulunmadığının tespit edildiği durumda, kesin teminat mektubunun iadesi gündeme gelecektir. Bu yapılırken 4735 sayılı KİSK M.13/a hükmüne göre, yapım ihalelerinde geçici kabul tutanağının onaylanmasından sonra yarısı, Sosyal Güvenlik Kurumundan ilişiksizlik belgesi getirilmesinden ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra kalan yarısı, yükleniciye iade edilir. Tek mektup

varsa ilk yarı için banka ibra edilebilecektir. Uygulamada idare, yarısı için bankayı ibra etmemekte tüm işlemlerin tamamlanmasını yani riskin tamamen sona ermesini beklemektedir. Böyle bir durumda, bankanın teminat mektubunun tamamını tazmin etmemek hakkı bulunmaktadır. Esasen geçici kabul tutanağının imzalanmış olması ve ilişiksiz belgesi kesin delil niteliği taşımakta ve bankaya herhangi bir risk almaksızın mektubu tazmin etmeme olanağını vermektedir.

Kesin teminat mektubunun nakde dönüşmesi / tazmini, diğer bir ifade ile riskin gerçekleşmesi bakımından, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi halinde kesin teminat mektubu nakde dönüştürülecektir. Kesin teminat mektuplarında, iş tamamlandığı halde sosyal güvenlik primleri ve ücretlerden yapılan kanuni vergi kesintileri ödenmemiş ise bu miktarla sınırlı olarak tazmin talebinde bulunulabilecektir. Ancak bu durumda dahi tazmin talebi muhatap idarece yapılacak ancak hangi borç için tazmin talebinde bulunulduğu tazmin talebinde belirtilecektir. 4735 sayılı KİSK M.22'de gelir kaydedilen tazminatların yüklenicinin borcuna mahsup edilemeyeceği hükme bağlanmış olduğundan, kesin teminat mektubu zarar dışında bir ceza koşulu olarak işlem görecektir. KİSK M.14 hükmüne göre; yapım işlerinde kesin hesap ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından, diğer işlerde işin kabulü ve varsa garanti süresinin geçmesinden itibaren iki yıl içinde teminat mektubunun iadesi istenilmezse, kesin teminat mektubu ilgili kurumca bankaya iade edilecektir.

Avans teminat mektupları ele alındığında; bazı kamu ihalelerinde muhataba karşı bir taahhüt yüklenen lehtara, bu taahhüdünü yerine getirebilmesi için işin başlangıcında veya herhangi bir aşamasında muhatap tarafından avans verildiği görülmekte olup avans teminat mektupları da böyle bir avans verilmişse söz konusu avansın geri ödeneceğinin bankaca garanti edildiği mektuplar olmaktadır. Avans teminat mektupları, ileride yüklenicinin doğacak alacaklarından mahsup edilmek üzere verilen bir miktar paranın ödenmesini teminat altına almaktadır. Lehtar (borçlu), sözleşme hükümlerine uygun olarak yükümlülüklerini yerine getirdikçe verilen avans hakedişlerinden kesilmek suretiyle tahsil edilmektedir. Avans teminat mektuplarında, avans geri ödemeleri gerçekleştiğinde teminat mektubu meblağının bu oranda azalacağına dair ifadelere de yer verilmektedir. Bu takdirde, avans geri ödemeleri gerçekleştiğinde bankanın teminat mektubundan doğan yükümlülüğü de o oranda azalmaktadır.

Avans teminat mektubu, avans geri ödemeleri tamamlandığında bankaya iade edilecek aksi halde nakde çevrilmesi söz konusu olacaktır.

IV. Teminat Mektubunun Hukuki Niteliği

Türk hukukunda, teminat mektuplarının hukuki niteliği ve teminat mektubuna özgü hükümleri içeren bir düzenleme bulunmamaktadır.

Teminat mektubunun yargı kararları ile hukuki niteliğinin belirlenmiş olduğu görülmektedir. Yargıtay'ın 1967 (13.12.1967 tarih ve E. 66/16, K. 7 sayılı içtihadı birleştirme kararı / Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) ve 1969 (11.6.1969 tarih ve E. 69/4, K. 96/6 sayılı içtihadı birleştirme kararı / Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) yıllarında verdiği iki içtihadı birleştirme kararı ile ortaya konulmuştur.

İlk kararda Yargıtay, fazla ayrıntıya girmeden, teminat mektuplarının üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olduğunu ve mektubu veren taahhüdünün esas sözleşmeden tamamıyla bağımsız bulunduğunu kabul etmiştir.

Yargıtay ikinci kararında, gümrük idaresine hitaben verilen ve "idarenin yazılı isteği üzerine derhal ve herhangi bir itiraz veya hüküm istihsaline mahal kalmaksızın" ödeneceği kaydı yer alan teminat mektubunun TBK M.128 (BK M.110) anlamında, üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olduğu görüşünü açıklamıştır.

Dolayısıyla söz konusu kararlarda Yargıtay; banka teminat mektuplarının başkasının fiilini taahhüt niteliği taşıdığı, kefaletin üzerinde bir yükümlülük içerdiği, kefalette olduğu gibi asıl borca bağlı ferî nitelik taşımadığı, asıl borçtan bağımsız olduğu, bu nedenle de içeriğinde kefalet ibaresi bulunsa dahi kefalet olarak değil, garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Ancak Yargıtay'ın bu değerlendirmeleri, daha farklı ibareleri içeren bir teminat mektubunun garanti değil, kefalet olarak nitelendirilmesine de imkân verir niteliktedir.

Kamu İhale Kanunu açısından Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekindeki standart formların, teminat mektuplarının; bankanın, ilk yazılı talepte, herhangi bir itiraz ileri sürmeksizin, lehtarın rızası aranmaksızın, herhangi bir işleme, protesto keşidesine, hüküm sunulmasına gerek kalmaksızın derhal ödeme yapacağı şeklinde düzenlenmeler içermesi de yapım işlerine ilişkin kamu ihalelerinde bankaların vermekte oldukları teminat mektuplarının, "üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenme" (garanti sözleşmesi) olduğunu (TBK M.128) göstermektedir.

V. Teminat Mektubunun Tarafları

Söz konusu ilişki, havaleye benzer bir ilişki olarak değerlendirilebilir. Üçlü ilişki içerisinde garanti veren (banka), garanti alan (muhatap/idare/ alacaklı) ve fiili garanti edilen (lehtar/müşteri/ borçlu/yüklenici) söz konusudur.

1- Garanti Veren (Banka)

4734 sayılı KİK M.34 hükmü birinci fıkrasında teminat olarak kabul edilecek değerleri göstermiş bulunmaktadır. Fıkranın (b) bendinde bunlar arasında, "Bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen teminat mektupları" da sayılmıştır.

Bu durumda 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre; Türkiye'de faaliyette bulunan bankaların verecekleri teminat mektupları, KİK kapsamında teminat olarak kabul edilecektir. Bankalar teminat mektubunu, müşterileri lehine açmış oldukları bir teminat mektubu kredisine dayalı olarak düzenlemektedir. İlgili mevzuatına göre, Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı bankalar ile Türkiye dışında faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi kuruluşlarının kontrgarantisi ile yine Türkiye'de faaliyette bulunan bankaların teminat mektubu düzenleyebilmeleri de söz konusudur. Bu yönde, Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinde 29.11.2016 tarih ve 29903 sayılı Resmi Gazete'de yapılmış olan değişiklikle (M.4) teminat mektuplarındaki standart formlarda yer alan not metni şu şekilde değiştirilmiştir: "NOT: Yabancı bankaların veya benzeri kredi kuruluşlarının kontrgarantilerine dayanılarak verilecek mektuplarda, kontrgarantiyi veren yabancı banka veya kredi kuruluşunun ismi ve teminatın kontrgarantili olduğu belirtilecektir."

2- Garanti Alan (Muhatap / İdare / Alacaklı)

Kendisine hitaben teminat mektubu düzenlenen ve teminat mektubu ile sağlanan garantiden yararlanan ve güvencede olan kişiyi ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile bu kişi, güvence altına alınmış olan risk gerçekleştiğinde, mektubu tazmin ederek zararını karşılama hakkına haiz olan kişidir.

3- Fiili Garanti Edilen (Lehtar / Müşteri / Borçlu / Yüklenici)

Lehtar, muhataba karşı fiili, garanti veren (banka) tarafından garanti edilen kişidir. Banka, lehtarın fiilini, kullandığı gayri nakdi kredi sözleşmesi hükümlerine göre garanti etmektedir.

Bankalar, kredi sözleşmesini imzaladıkları müşterileri lehine veya bu müşterisinin talebi üzerine üçüncü kişiler lehine de teminat mektubu düzenleyebilmektedir. Ancak mektup, üçüncü kişi lehine düzenlense dahi banka ile üçüncü kişi ile arasında herhangi bir hukuki ilişki (borç ilişkisi) doğması söz konusu değildir. Böyle bir durumda, mektubun tazmin edilmesi halinde, bankanın kredi sözleşmesinin tarafı olan müşterisine rücu etmesi söz konusu olacaktır.

Banka, lehtarın bir işi yapmasını veya bir taahhüdünü yerine getirmesini veya olumsuz bir eylemden kaçınmasını garanti etmektedir. Riskin doğması ve mektubun tazmin edilmesi halinde ise

muhataba ödediği meblağı, açtığı kredi sözleşmesi hükümleri çerçevesinde lehtardan tahsil etmektedir.

Lehtarın birden fazla olabilmesi de söz konusudur. Özellikle temel yapısı itibariyle tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık niteliğinde addedilecek ortak girişimin (iş ortaklığı / konsorsiyum) varlığı halinde, banka ortak girişimin riskini, iş ortaklığı ise her bir ortak işin tamamından sorumlu olacağı için ortak girişim bakımından garanti edecektir. Özellikle konsorsiyumun varlığı halinde ise ortakların sorumlu oldukları hususlar birbirinden ayrılmış olduğundan, ortaklardan ortaklık sözleşmesindeki sorumlulukları oranında ayrı ayrı teminat mektubu talep edilmesi de mümkün ve daha uygun olacaktır.

VI. Teminat Mektubunun Unsurları

Teminat mektubunun unsurları değerlendirdiğinde, bir kere teminat mektubu ile belli bir riskin garanti edildiği görülmektedir. Yine, teminat mektubu ile muhatap lehtar arasındaki temel ilişkiden doğan asıl borçtan bağımsız ve soyut bir borç altına girilmesi de söz konusudur.

“Teminat mektubu ile belli bir riskin garanti edilmektedir.” denilirken garanti edilen riskin müstakbel, muhtemel bir olaya ilişkin ortaya çıktığı görülmektedir. Dolayısıyla mesele ileriye yöneliktir.

Rakamsal bir belirleme, kefalet sözleşmesinin aksine, garanti sözleşmesi açısından söz konusu değildir. Yargıtay’ın da kararında belirtildiği üzere garanti sözleşmesindeki şekil serbestisi nedeniyle buna gerek yoktur. (Y. 19. HD. 18.12.2000 tarih ve 7107 E, 8738 K sayılı kararı) Ancak garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli veya tereddüt yaratmayacak şekilde belirlenebilir olması gereklidir. Lehtar ile muhatap arasında her türlü ilişkiden doğmuş/doğacak borçların üstlenilmesi mümkün değildir. Böyle bir üstlenme, garanti edilen riski belirsiz hale getireceğinden geçerli olmayacaktır. (Y. 11. HD. 1.11.2012. 6753/6993 sayılı karar; Y. 19. HD. 1999/7669 E, 2000/1841K sayılı karar)

Teminat mektubu, şartlı düzenlenebileceği gibi (örneğin, teminat mektubu tazmin talebinin, sözleşme ile üstlenilen yükümlülüğün yerine getirildiğinin bir resmi makam veya kişiden alınacak bir belgeyle birlikte yapılması öngörülebilir), ilk talepte ve itirazsız ödeme yapılacağı şeklinde bir teminat mektubu düzenlenebilecektir. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekindeki yapım işleri ihaleleri standart formlarında, teminat mektubu metinlerinde ilk yazılı talepte derhal ve gecikmeksizin nakden ve tamamen ödeme yapılacağı ibareleri yer almaktadır.

Riskin kapsamında bir değişiklik yapılmaksızın garanti edilen borcun süresinin uzatılması halinde, teminat mektubunun süresiz olması veya vadeli mektupta, sürenin mektubun vadesi içerisinde kalması durumunda, garanti verenin

yükümlülüğünde bir değişiklik olmayacaktır. Bu süre vadeli mektupta, mektup vadesinin dışına taşıyorsa mutlaka süresi içinde mektup vadesinin de uzatılmış olması gerekecektir. Bunun için muhatapla lehtarın anlaşması ve bankanın da kabulü gerekmektedir.

Teminat mektubunda ikinci bir unsur olarak, “teminat mektubu ile muhatap lehtar arasındaki temel ilişkiden doğan asıl borçtan bağımsız ve soyut bir borç altına girilmektedir.”

Bu borç, kefaletten farklı olarak feri değil, asli nitelikte bir borçtur. Teminat mektubu, kefalet gibi feri bir borç olmadığı gibi ipotek, rehin gibi bir borcun/edimin yerine getirilmesi amacıyla verilen ve asıl borca bağlı bir teminat da değildir.

Garanti sözleşmesi niteliğindeki teminat mektubu ile banka, asli bir borç yüklenmekte ise de esas olarak teminat mektubunun dayanağı olan hukuki ilişkide lehtarın borcunu eksiksiz yerine getirmesiyle birlikte (borcun ifasıyla) garanti yükümlülüğü de ortadan kalkar.

Banka, asıl borçluya ait def’ileri ileri süremez. Bu nedenle banka; beklenmeyen halleri, imkânsızlığı, muhatap ile lehtar arasındaki akdin geçersizliğini, sözleşmenin sona ermesini, lehtarın ölümünü, iflasını, lehtarın borcunun zamanaşımına uğraması veya hak düşürücü sürenin sona ermesini ileri sürerek tazmin talebini reddedemez. Banka; teminat mektubunun geçersiz, sahte olduğunu, zamanaşımına uğradığını, mahkemece ödeme konusunda tedbir bulunduğu gibi garanti veren olarak kendisine ait def’ileri ileri sürmek suretiyle mektup bedelini ödemekten kaçınabilir.

Yine hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eden hâllerde, garanti eden bankaya muhatapın başvurması ya da lehtar-muhataap arasındaki hukuki ilişkilerde bankanın somut olarak bildiği kesin delile dayalı hususlar varsa hakkın kötüye kullanılması açısından bunları da değerlendirebilecektir. TBK, M.27 hükmünde, “Kanun’un emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.” denilmektedir. Lehtarın sözleşme hükümlerine aykırı hareket etme rizikosuna karşı düzenlenen bir teminat mektubuna dayanılarak ödemenin talep olunması halinde, lehtar-muhataap arasında henüz bir sözleşmenin yapılmamış olduğunu bilen bankanın ödeme yükümlülüğü olmadığına Yargıtay karar vermiştir .

VII. Teminat Mektuplarıyla İlgili Bazı Hukuki Konular

1. Teminat mektubundan doğmuş veya doğacak alacağın devri (temlik)

Teminat mektubundan doğmuş ve doğacak bir alacağın devri, kural olarak mümkün ve Türk

Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan alacağın devri hükümlerine tabi olduğu düşünülebilir de (TBK M.183), böyle bir yaklaşımda, muhatabın teminat mektubundan doğacak alacağını temlik etmesiyle birlikte, mektubun tazminini talep hakkının da devredilmiş olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Öğretide, teminat mektubunun tazminini talep hakkının -muhatap değişmedikçe- sadece muhataba ait ve devredilemeyecek şahsi bir hak olduğu ifade edilmektedir.

Teminat mektubunda bankanın ödeme yükümlülüğü, muhatabın yazılı tazmin talebinde bulunmasıyla işlerlik kazanır. Banka teminat mektubu kendisine hitaben düzenlenen muhataba karşı sorumluluk yüklenmektedir. Bu nedenle teminat mektubunda muhatabın lehtardan olan alacağının temliki ile birlikte teminat mektubu yeni alacaklıya geçmemektedir. Böyle bir durumda, devir kabul edilse dahi alacağı devralan, hak sahibi olduğu gerekçesiyle bankadan tazmin talebinde bulunamayacaktır.

Sonuçta, alacak hakkı talep hakkı ile birlikte bir anlam taşıdığı üzere ayrılması mümkün görünmemektedir. Bu şekilde teminat mektubunun tazminini talep hakkı olmayan alacağın devrinin de pratikte bir geçerliliği olmayacaktır.

Teminat mektubundan doğmuş bir alacağın devri ise Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan alacağın devri hükümlerine tabi olacaktır. Zira muhatap tarafından tazmin talebinde bulunulduktan sonra, fakat muhataba ödeme yapılmadan önce, banka nezdinde muhataba ödenmesi gereken bir para olarak bulunan bedel, bankanın herhangi bir onayına ihtiyaç duyulmaksızın devralana ödenebilecektir.

2. Teminat mektubu sözleşmesinin devri (muhatabın değişmesi)

Teminat mektubunda muhatabın değişmesi ancak bankanın muhatap değişikliğine muvafakat etmesi halinde mümkün olabilecektir. Bankanın muvafakati, teminat mektubu metninde (baştan "devredilebilir" gibi ibarelerle) yer alabileceği gibi devir zamanında, sonradan da alınabilecektir.

Yargıtay, teminat mektubunun muhatap ile banka arasında düzenlendiğini, muhatabın değişmesi için bankanın buna açıkça muvafakat etmesi gerektiğini ayrıca teminat mektubunda devredilebileceğine dair kayıt bulunmadığını, bu sebeple muhatap değişikliğinin bankayı bağlamayacağını açıkça karara bağlamıştır.

3. Teminat mektubunun tazmini

Teminat mektubunda belirlenmiş olan riskin gerçekleşmiş olması halinde, mektubun muhatapça tazmini gündeme gelecektir. Tazmin talebinin şekli hakkında Kanun'da bir şekil şartı yer almamakla

birlikte, teminat mektubu metinlerinde de "ilk yazılı talebiniz üzerine" şeklinde belirtildiği üzere ve ispat açısından da muhatap tarafından teminat mektubunun tazmin talebi bankaya hitaben yazılı şekilde olmaktadır. Teminat mektubu, farklı bir içerikle düzenlenmediği takdirde, bir garanti sözleşmesi olarak kabul edildiği üzere, mektupla bir risk garanti edilmiş olduğundan yalnızca "tazmin ediniz" şeklindeki bir ibare yeterli olmayacak yazılı tazmin talebinde mutlaka "lehtarın teminat mektubunda belirtilen taahhüdünü yerine getirmediği" hususu da ifade edilecektir.

Ödeme yükümlülüğü hakkında banka, teminat mektubu ile kayıtsız şartsız ödeme taahhüdü altına girdiğinden kural olarak tazmin talebi ile derhal ödemede bulunması gerekecektir. Yapım İşleri İhaleleri Yönetmeliği Standart Formlarındaki teminat mektubu metinleri de bu tür uygulamayı esas almış bulunmaktadır.

Muhatapla lehtar arasında yapılan esas sözleşme birden fazla yükümlülüğü içerirse bile teminat mektubu hangi riski kapsamına alıyorsa ancak o risk için nakde dönüşebilecektir.

Bankanın bazı hallerde ödemedden kaçınması mümkündür:

Banka, muhatapla kendi ilişkisinden doğan kendisine ait defileri (mektubun zamanaşımına uğradığı, sahte olduğu, banka yetkili imzalarını taşımadığı, tazmin talebinin mektup metnine uygun olmadığı, muhatabın yetkili imzalarını taşımadığı gibi) ileri sürebilecektir. Bu, banka için hem hak hem de yükümlülüktür.

Riskin ana sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde doğup doğmadığı hususunda bankanın itiraz ileri sürememe kuralı, muhatap tarafından yapılan talebin hakkın kötüye kullanıldığını açıkça göstermesi ve /veya bankaya riskin doğmadığına ilişkin likit (kesin) delil sunulması halinde geçerli olmayacaktır. Riskin sona erdiğine dair mahkeme kararları, resmi daire makbuzları, muhatabın riskin sona erdiğini gösteren açık ikrarı (örnek; kesin teminat mektubunda kesin kabul yapılmış ve iliksiz belgesi de ibraz edilmişse) gibi deliller likit (kesin) delil sayılacak ve böyle bir durumda banka, ödemedden kaçınabilecektir.

4. Teminat mektubunun haczi

Teminat mektupları kıymetli evrak olmadıklarından mektubun kendisi haczedilemeyecek ancak teminat mektubundan doğan alacak haczedilebilecektir. Teminat mektubu alacaklısı ancak muhatap olacağından, teminat mektubundan doğabilecek alacak (müstakbel/muhtemel alacak /İcra ve İflas Kanunu M.89) için muhatabın alacaklıları tarafından haczedilebilecektir.

Ancak Kamu İhale Kanununa tabi işlerde ilgili idareye verilen teminat mektupları

haczedilemeyeceği hükme bağlanmıştır. (M.34/son fıkra)

5. İhtiyati tedbir kararı

Kamu ihalelerinde, idareye verilmiş olan teminat mektuplarında da banka, teminat mektubu ile kayıtsız şartsız bir borç yükümlülüğü altına girdiğinden lehtarın teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin doğmadığına ilişkin itirazlarının bankaca dinlenmesi mümkün olmayacaktır.

Muhatabın her zaman, risk doğmasa veya sona erse bile teminat mektubu meblağını tazmin edebilme imkânı karşısında riskin doğmadığını veya sona erdiğini iddia eden lehtar ancak mahkemeden ihtiyati tedbir kararı almak suretiyle mektubun tazminine engel olabilecektir.

İhtiyati tedbir kararı alınmışsa tazmin talebinden önce veya tazmin talep anında bankaya ulaşması gereklidir. Bankanın tazmin talebi üzerine ihtiyati tedbir kararı beklenmeden derhal ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Banka ödemeyi geciktirmek suretiyle sonradan alınacak bir tedbir kararına dayanarak ödeme yapmaktan kaçınamayacaktır. Yargıtay konu ile ilgili bir kararında bankanın ödeme için bir gün gecikmesini dahi makul bulmayarak derhal ödeme yapmayan bankayı sorumlu bulmuştur.

Lehtar tarafından ihtiyati tedbir istenebileceği esas olmakla birlikte, banka da kendisine ait defilere dayanarak ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecektir.

Kamu İhale Kanunu'na göre verilen teminat mektuplarına ihtiyati tedbir konulamayacağı da hükme bağlanmıştır. (M.34/son fıkra)

6. Teminat mektubunda faiz

Tazmin talebiyle karşılaşan banka, ödeme yapmadığı takdirde tazmin talebi ile ödeme tarihine kadar geçen süre için temerrüt faiz ödemekle yükümlü olacaktır. Bu yönde teminat mektubu metinlerinde kural olarak bankanın "ilk talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçecek günlere ait faiz ödeme yükümlülüğü" kabul edilmektedir.

Mektup metninde herhangi bir faiz oranı kararlaştırılmamış veya kanuni faiz ödeneceği belirtilmiş ise 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümleri çerçevesinde T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli avanslar için öngördüğü oranda temerrüt faizinin ödenmesi söz konusu olacaktır.

7. Teminat mektuplarının kaybı

Banka teminat mektupları kıymetli evrak niteliği taşımadığından, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde zayıfından dolayı mahkemece iptal kararı verilemeyecektir. Muhatabın teminat mektubunu kaybettiğini bildirmesi halinde, bankanın lehtarın muvafakatini de

olarak mektubu tazmin etmesi veya henüz tazmin koşulları oluşmamışsa yeni bir mektup düzenlemesi mümkündür. Aksi halde yani lehtarın muvafakatinin olmaması halinde, bankanın ödeme veya yeni mektup düzenleme talebini reddetmesi gerekecektir.

Ali Rıza Yücel

Sayın Prof. Dr. Korkut Özkorkut'a çok teşekkür ediyoruz.

Gerçekten teminat mektupları çok önemli bir konu. Özellikle avans teminat mektupları ile ilgili uygulamada karşılaşılan bazı sorunlar olduğunu biliyorum, o da şu: Yüklenicinin borçlarına karşılık avans teminat mektubunun da irat kaydedildiği konusunda uygulamalar var. Bu da bizim sorumuz olsun panelistlere, ilk soruyu ben sormuş olayım. Soru ve cevap bölümünde, avans teminat mektupları irat kaydedilebilir mi, edilemez mi? Ve de onun yanı sıra, kesin hesap için kesilen kesintiye mahsuben verilen teminat mektupları da irat kaydedilebilir mi, kaydedilemez mi? Benim ilk sorularım olsun.

Yalnız şu var: Demin Korkut Hocam anlattı, bu teminat mektupları, yükleniciyi cezalandırmak amacıyla özellikle fesih hâlinde irat kaydediliyor. Ama bu fesih, haklı mı haksız mı, o bile belli değil. Haksız fesih olursa ne olacak, o da belli değil. Dolayısıyla bu konunun da irdelenmesi gerektiği yani hemen bankanın itirazsız ilk talep üzerine ödemesi doğru mu? Bunlar, yüklenici açısından zor konular. Acaba ne yapılabilir? İrdelenmesi gereken konular. Bu konularda hocalarımızın veya katkı sunacak konuklarımızın da görüşlerini almak isteriz.

Teminat mektupları geçici, kesin ve avans teminat mektupları olup herkesin bildiği mektuplardır. Özellikle bizim Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na dayanarak alınan mektuplar. Evet, geçici teminat mektuplarının süresinin teklif geçerlilik süresi, artı otuz gün –yanlış hatırlamıyorsam– kesin teminat mektubu için sürenin de idareler tarafından belirlendiği bilinmektedir. Bunun bir garanti sözleşmesi olduğu söylenildi ama tabii belli bir riskin garanti edilmesi. Ancak soyut bir borcun altına girilmesi konusunu Hocam vurguladı, çok önemli bir konu. Bunun da kamu ihale mevzuatı açısından değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Teminat mektubunun devri vesaire konularına da Hocamız değindi. Daha fazla zaman kaybetmemek için bu sorularımın yanı sıra hemen sözü, Doç. Dr. Ferhat Canbolat'a vermek istiyorum.

Doçent Doktor Ferhat Canbolat, Hacettepe Üniversitesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalında Öğretim Üyesidir. Bize, "Eserin Teslimi ve Geçici/ Kesin Kabulün Hukuki Niteliği" hakkında bir sunumda bulunacaklar.



DOÇ. DR. FERHAT CANBOLAT

İnşaat Sözleşmelerinde Eserin Teslimi ile Geçici ve Kesin Kabulün Hukuki Sonucu

Sayın Başkan, Değerli Katılımcılar; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Sunumuma başlamadan önce, bu organizasyonun gerçekleştirilmesinde büyük emeği bulunan ve bizleri sektöre bir araya getirerek bu konuları tartışmamızı sağlayan başta Sayın Başkan Ali Rıza Yücel Bey olmak üzere, İNTES'in ve Kamu İhale Kurumunun saygıdeğer yöneticilerine teşekkür etmek istiyorum.

Benim sunum konum, "İnşaat Sözleşmelerinde Eserin Teslimi ile Geçici ve Kesin Kabulün Hukuki Sonucu" olacaktır.

İnşaat Sözleşmelerinde Eserin Teslimi ve Geçici/ Kesin Kabulünün Hukuki Sonucu

I-GENEL OLARAK İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

A-İnşaat Sözleşmesinin Tanımı Özellikleri ve Unsurları

İnşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin uygulamada en çok karşılaşılan türünü oluşturmaktadır. Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nda (M.470-

486) düzenlenmiştir. TBK M.470 uyarınca; "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir..."

Bu kanuni düzenlemeden hareketle, "İnşaat sözleşmesi, yüklenicinin taşınmaz bir yapı eseri meydana getirip bunu teslim etmeyi; iş sahibinin de bir bedel ödemeyi borçlandığı sözleşme" olarak tanımlanabilir¹.

Tanımlama çerçevesinde, betonarme bir yapının inşasından tutun devasa bir plazanın yapılmasına kadar binalar, barajlar, otoyollar, tünel ve köprüler bu sözleşmenin konusunu oluşturur.

İnşaat sözleşmesinin özellikleri;

- *Tam iki tarafa borç yükleyen* bir sözleşmedir. Zira yüklenici, yapı eseri meydana getirmeyi taahhüt ederken, iş sahibi de bedel ödemeyi üstlenir ve bu borçlar birbirinin karşılığını oluşturur.
- İvazlı bir sözleşmedir, zira yapı eseri meydana getirme karşılığında bedel söz konusudur.
- İnşaat sözleşmesi, *kural olarak ani edimli* bir sözleşme olmakla birlikte, inşaatın tamamlanması uzun bir süreyi aldığından ani edimli borç ilişkilerinden farklılık arz eden durumlarla karşılaşılabilir.

İnşaat sözleşmesinin unsurları²;

1-İnşaatı meydana getirme ve teslim etme unsuru;

İnşa eseri; doğrudan veya dolaylı olarak toprağa bağlı olan insan veya hayvanın barınmasına veya diğer ihtiyaçların giderilmesine yarayan, etrafı az veya çok kapalı, insan eliyle yapılmış her türlü şeydir.³ Kapsamına;

- *Yeni bir inşaat yapma*, yani ilk defa meydana getirme,
- *Mevcut bir yapıda değişiklik* veya o yapıya ilave yapma,
- Bir yapıyı *onarma* veya yapıyı *yıkma*

2-Bedel unsuru: Sözleşmede kararlaştırılan bedeldir, genellikle bir miktar paradır.

1 Tanımlama ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren** Fikret, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, (Yönetici, İşletmecisi ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara, [18-29 Mart] 1996, s.49; **Kocaağa** Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 25-26; **Büyükay** Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 31; **Canbolat** Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009, s. 3.

2 Bkz. **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s.52 vd.; **Büyükay**, s. 33 vd.; **Canbolat**, s. 5

3 **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s.55; **Kocaağa**, s. 57 vd.

3-Anlaşma unsuru,

Geçerlilik, kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir.⁴ Ancak taşınmazın mülkiyetinin devri veya üzerinde hak tesis için resmi şekil gereklidir. Ayrıca Devlet İhale Kanunu'na tabi sözleşmeler bakımından, sözleşmedeki imzaların noterlikçe tasdiki gerekir.⁵

B-İnşaat Sözleşmesinde Tarafların Genel Olarak Hakları Ve Borçları

İnşaat sözleşmesinin taraflarını, iş sahibi ve yüklenici oluşturur.⁶

1-İş sahibinin borçları

İş sahibinin en temel borcu, bedel ödenmesidir. İş sahibinin bedel ödeme borcu, *eserin teslimi anında muaccel olur*. (TBK M.479)

Bedel, götürü bedel (TBK M.480) veya yaklaşık bedel (değere göre bedel) (TBK M.481) olarak kararlaştırılabilir.

2-Yüklenicinin borçları

1-Eseri meydana getirme (inşaatı yapma) borcu

Bu borç bağlamında, yüklenicinin alt borçları

- Eseri şahsen meydana getirme veya kendi idaresi altında yaptırma borcu (TBK M.471/3)
- Eserin meydana getirilmesi için gerekli *araç ve gereçleri sağlama* borcu (TBK M.471/4)
- Özen ve sadakat borcu (TBK M.471/2)---Özenin ölçüsü; sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.
- İşe zamanında başlama ve devam borcu (TBK M.473)
- *Malzemelerin sağlanması borcu* (TBK M.472); malzemeleri sağlamayı üstlenen yüklenici, malzemenin aylıklı olmasından satıcı gibi sorumludur.

2-Eseri teslim borcu

Kanun'da açıkça bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bazı hükümlerden hareketle meydana getirilen eserin teslim edilmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir.

4 Öz Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2016, s.3.

5 Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s.58.

6 Bkz. Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, c. II, Ankara 1988, s.2; Tunçomağ Kenan, Borçlar Hukuku, C: II; Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s.952; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s.50; Kocaağa, s. 71 vd.; Büyükkay, s. 73 vd.

3-Ayıba karşı tekeffül borcu

Yüklenicinin eseri aylıklı surette ifası halinde, belirli şartları yerine getiren iş sahibinin, kanundan doğan bazı hakları kullanma yetkisi doğar ki yüklenici bunlara katlanmak zorundadır.

II-ESERİN TESLİMİ-GEÇİCİ KABUL

Yüklenicinin, inşaat sözleşmesinden doğan borçlarını ifası bakımından, eseri meydana getirmesi yetmez, ayrıca teslim etmesi gerekir. TBK'da, "eserin teslimi" borcu düzenlenmemiş olsa da teslim edimin doğasında vardır; ayrıca TBK'nın bazı hükümlerinde de bu hususa işaret edildiğini görebiliyoruz.

TBK M.474/1; "...İş sahibi, **eserin tesliminden sonra**, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve aylıkları varsa..." şeklindedir.

Yüklenicinin "**Eserin teslimi**" borcunun karşılığını, iş sahibinin "**eseri teslim alması**" oluşturur. Bu noktada, "eserin teslim alınması" ile "eserin kabulü" kavramları farklı hususları ifade etmektedir⁷.

- "**Eserin teslimi**", sözleşmeden doğan borcun ifası amacıyla eserin iş sahibinin emrine verilmesi ve zilyetliğinin sağlanarak doğrudan hakimiyet alanına sokulması, onun kullanımına bırakılmasıdır. Eseri teslim alma da iradi bir fiildir.
- "**Eserin kabulü**", iş sahibinin eserin *sözleşmeye uygun surette meydana getirildiğine yönelik irade açıklamasıdır*. Eserin kabulü ile birlikte yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden doğan borcu da dahil bütün borçları sona erer.

Teslimin gerçekleşmesi için eserin zilyetliğinin yükleniciden iş sahibine nakli gerekir. Teslim, eşyanın madde itibarıyla yeni zilyedin eline verilmesi şeklinde olabileceği gibi eşyanın yeni zilyedin iktidarına terk edilmesi suretiyle de olabilir. Taşınmazın tahliye edilerek mülk sahibinin iktidarına terk edilmesi de aynı şekilde teslimdir⁸. Bu anlamda zilyetliğin geçmesini sağlayan teslim, maddi fiildir. Hukuk düzeni, bu maddi fiile, bazı hukuki sonuçlar tanır. Eşyanın tesliminden, yeni zilyet lehine zilyetlik durumu ortaya çıkar⁹. Sonuçlarından biri de zilyet olmaktır. Ancak bir eşya, hukuken bir başkasının iktidar alanına terk

7 Uçar Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, C.V, S.1-4 (2001), s. 515 vd.

8 Bkz. Ünal Mehmet/ Başpınar Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2010, s. 172.

9 Bkz. Ünal / Başpınar, s. 174.

edilmesine rağmen, iktidarına terk edilen kimse, zilyetliği kazanmamış ise teslimden bahsedilmez. Yani eşyanın teslim edilmesi için teslim edilen kimsenin eşya üzerinde zilyetlik kurması gerekir.

Eşya üzerinde zilyetlik kurmak ise eşya üzerinde iradi olarak fiili hâkimiyet kurmakla olur. Yani bir kimse eşya üzerinde iradi olarak fiili hakimiyet kurmuş ise o artık eşyayı teslim almış demektir. Burada fiili hakimiyet, zilyet olacak kimsenin eşyaya maddi yakınlığı ile bu yakınlığın az çok devam etmesidir. Fiili hakimiyetin ikinci unsuru ise bu hakimiyetin az çok süreklilik arz etmesidir. Zilyetliğin ikinci unsuru ise buradaki fiili hakimiyetin iradi olarak kurulmasıdır. Buradaki irade, zilyet olacak kimsenin, zilyet olma niyetiyle hareket etmesidir. Burada, zilyet olma iradesi, yani eşya üzerinde fiili hakimiyet kurma iradesinin olup olmadığına bakılır. Bir kimsede, eşyayı fiili hakimiyetine alma iradesi varsa ve o kimse gerçekten eşyanın fiili hakimiyetini eline geçirmiş ise artık o kişi, o eşyayı zilyetliğine geçirmiş,¹⁰ dolayısıyla teslim almış demektir.¹¹ Yukarıda ifade edildiği üzere, bu anlamda zilyetlik tesisi, hukuki bir durum olmasından dolayı, bir kimsenin eşya üzerinde iradi olarak fiili hakimiyet kurmuş ise o artık onun zilyedi sayılır. Bu noktada, o kimse ben bu eşyanın zilyedi değilim dese de o kişi, yine de zilyettir. Bu sebeptendir ki bir kimse bir başkasının eşyasını zorla ele geçirse/çalsa, sonra da ben bunun zilyedi değilim, ben bunu teslim almadım dese, o kimsenin beyanına bakılmaz, zilyet olduğu kabul edilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki eserin telimi için inşaatın tamamlanmış olması gerekir, henüz tamamlanmayan, eksikleri bulunan inşaatın teslimi ve teslim alınması (tesellüm) mümkün değildir. Yüklenici, eseri teslim etmek istemesini ve bildirimle rağmen iş sahibi eseri teslim almaktan imtina ederse alacaklının temerrüdü hükümlerine göre mütemerrit olur.¹²

Kamunun taraf olduğu ve iş sahibi sıfatına haiz olduğu inşaat sözleşmeleri bakımından eserin tesliminde, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin "Geçici Kabul" kenar başlığını taşıyan M.41 hükmü önem taşımaktadır. Söz konusu hüküm, aşağıdaki şekildedir;

Geçici kabul

Madde 41 –

(1) Taahhüt edilen iş, sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere uygun olarak **tamamlandığında**

¹⁰ Ünal / **Başpınar**, s. 127 vd.

¹¹ Bkz. **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 s. 616.

¹² **Seliçi Özer**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s.134; **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s.72.

yüklenici, idareye geçici kabulün yapılması için yazılı olarak başvuruda bulunur.

(2) 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;

a) İşin sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlandığı ve kabul işlemlerinin yapılmasında bir engel bulunmadığı anlaşılırsa idare tarafından geçici kabul komisyonu oluşturulur,

b) 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.

(3) 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.

(4) Kabul komisyonunun oluşturulması ve işyerine 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.

(5) 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.

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

(7) 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.

(8) 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.

(9) 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.

(10) 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**.

(11) Yapım işlerinin kabul işlemlerinde, varsa sözleşmelerindeki özel hükümler de göz önünde bulundurulur.

(12) Geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmemen 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.

(13) **(Değişik: RG-16/7/2011-27996)** 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 öngörülemez zorunlu nedenlerle ihtiyaç görülmesi durumunda; yukarıdaki usullere uygun olarak **kısmi geçici kabul veya kabuller yapılabilir**. İşin kısmi kabulünün yapılmış olması, işin bütününün geçici kabulü yapıldığı anlamına gelmez.

(14) İşin süresinden önce bitirilmesi halinde, yüklenicinin isteği üzerine, idare sözleşmedeki iş bitim tarihini beklemeksizin yukarıdaki usullere uygun olarak işin kabulünü yapabilir..."

Görüldüğü üzere *Yapım İşleri Genel Şartnamesinin "Geçici Kabul" kenar başlığını taşıyan M.41 hükmü*, yapının teslimi anlamına gelen belgenin düzenlenmesine ilişkindir. Bu belgenin düzenlenmesi ile birlikte teslimin hukuki sonuçları gerçekleşecektir.

Teslimin (Geçici kabulün) Hukuki Sonuçları;

Teslimin, yani geçici kabulün gerçekleşmesi ile birlikte aşağıdaki hukuki sonuçlar ortaya çıkar¹³;

¹³ Eserin tesliminin hukuki sonuçları konusunda bkz. **Eren**, İn-

- Yüklenici, asli edim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur,
- İnşaat üzerindeki yarar ve hasar, teslim ile birlikte iş sahibine geçer,
- Yüklenicinin bedel alacağı muaccel olur,
- İş sahibinin eseri muayene ve ayıp varsa ihbar-bildirim külfeti doğar.

III-YÜKLENİCİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Yüklenicinin en önemli borcu, eseri ayıpsız bir şekilde meydana getirip teslim etmedir. Bu borcuna aykırı davranması halinde, yani eserin ayıplı olması durumunda, yüklenicinin “ayıptan sorumluluğu” doğacaktır.

Sorumluluğa ilişkin düzenlemeler, TBK M.474-478 arasında yer almaktadır. Bu çerçevede, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğması ve özellikle de iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için maddi ve şekli şartların gerçekleşmiş olması gerekir.¹⁴

A-Maddi Şartlar

1-Eser ayıplı olmalıdır

Yüklenicinin eseri, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere veya en azından dürüstlük kuralına göre sahip olması gerekli niteliklere uygun surette meydana getirmiş olması gerekir. Aksi takdirde eser, ayıplı sayılır.

Ayıp bir tanımlama ile; “...şeklen ifanın gerçekleşmiş olmasına rağmen bunun hukuken gerekli nitelikte olmaması halinde borçlunun sorumlu olduğu özel sorumluluk rejimi...” ifade eder¹⁵.

İnşaatın ayıplı olması iki şekilde söz konusu olur;¹⁶

- Yüklenicinin *sözleşme yapılırken taahhüt ettiği niteliklerin, inşatta bulunmaması*; (lüks dairede fayansların yüksek kalitede olması)
- *Dürüstlük kuralının ve ticari doğruluğun bir gereği olarak yapının kendisinden beklenen yararı gerçekleştirilmeye elverişsiz olması, (çatının su geçirmemesi, pencerelerin rüzgara dayanıklı olması)*

şaat Sözleşmeleri, s.72.

14 Bkz. **Kocaağa**, s. 139 vd.; **Büyükey**, s. 96 vd.; **Canbolat**, s. 43 vd.

15 Tanımlama konusunda bkz. Öz, s.191. Ayrıca bkz. **Aral** Fahrettin, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa*, Ankara 1985, s. 99; **Edis** Seyfullah, *Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara 1963, s.8.

16 **Canbolat**, s. 65 vd.

Ayıp, eserdeki nicelik değil, nitelik eksikliğidir. Yani doktrindeki¹⁷ bir deyimle ayıp, “*eserde sözleşmeye veya dürüstlük kuralına göre olması gereken nitelik ile fiilen mevcut olan nitelik arasındaki farktır.*”

Eksiklik ile ayıp arasındaki fark;

• Eksiklik, inşaat gibi bölünemeyen bir edimde, alacaklının bu haliyle o edimden amacına uygun şekilde hiç yararlanamayacağını ifade eder.

• Ayıp, edimden amaca göre yararlanmak mümkün olmakla birlikte, bu *yararlanmanın kalitesini düşüren, edimin olması gereken değerini azaltan* bir durumdur.

Örnek; bir binanın *bazı katları henüz yapılmamış, çatısı henüz konulmamış, elektrik tesisatı henüz döşenmemiş* ise eksik=bitmemiş yapıdır. Buna karşılık, *kaba işleri bitmiş, çatısı kapanmış, kapıları, banyo-mutfak tesisatı yapılmış olduğu halde fayansları kırık veya kötü kalitede, badana boyası yapılmamış inşaat* ayıplı sayılabilir.¹⁸

Eksiklik ile ayıp arasındaki ayırimda ölçü;

Bu ayırımı yapmak her zaman mümkün olmayabilir. Bu noktada ölçü olarak; Yapım İşleri Genel Şartnamesi M.41/4’te yer alan, “...yapılan işin kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri toplamının işin sözleşme bedelinin yüzde beşinden fazla olmaması...” getirilmiştir.

Bu ölçü, şartnamenin uygulandığı sözleşmeler için geçerlidir. Şartnamenin uygulanmadığı sözleşmeler bakımından da bu ölçü dikkate alınarak bir değerlendirme yapılabileceği doktrinde kabul edilmektedir.¹⁹ Buna göre hâkim, takdir hakkını bu ölçü çerçevesinde kullanabilir. Ancak öyle bazı durumlara karşılaşılabılır ki yapılmamış bir işin değeri çok yüksek olsa bile eksiklik değil, ayıp bulunduğu kabul edilmelidir.²⁰ Örneğin, kaba inşaatı ucuz olan bir yazlık evin iç kısmında kullanılacak fayanslar ile banyo-mutfak malzemeleri çok pahalı olabilir. Bu durumda eksiklik değil, ayıp bulunduğu kabul edilmelidir.

2-Ayıp iş sahibine yükletilememelidir.

Eserde ortaya çıkan ayıbın, iş sahibinden kaynaklanmaması gerekir. Bu hususa ilişkin düzenleme, TBK M.476’da yer almaktadır;

“c. İş sahibinin sorumluluğu

17 Bkz. **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s.78-79.

18 Bkz. Öz, s.195.

19 Bkz. Öz, s.195.

20 Öz, s.195.

MADDE 476- Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz....”

TBK M.476’da, iş sahibinin eserin ayıplı hale gelmesine ilişkin “ortak-müterafik kusuru” düzenlenmiştir. Bu durumda iş sahibi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacağı gibi tazminat talep etmesi de olumsuz etkilenebilecektir.²¹

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarından mahrum kalması için;

- Eserdeki ayıbın, iş sahibinin bir talimatından veya diğer bir kusurundan doğması gerekir; bu noktada talimat, öneri ve tavsiyeden farklı olup sözleşme çerçevesinde yükleniciye yöneltilen emir ve direktiftir. Yazılı veya sözlü olabilir. Diğer kusura örnek olarak; iş sahibinin yanlış bilgiler vermesi, malzeme veya arsanın eserin ayıplı olmasına etkisi ile ifa yardımcılarının eylemlerinden sorumluluk(TBK M. 116) verilebilir.
- Yüklenicinin uyarma ve aydınlatma borcunu yerine getirmiş olması; bu durum TBK M.471/2’deki düzenlemenin uzantısıdır. Yüklenici, bu ödevi yerine getirmesine rağmen iş sahibi ısrar ederse yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu doğmaz.
- Eserdeki ayıp ile iş sahibinin talimatı-kusuru arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır; yani eserdeki ayıbın sebebi-kaynağı, bu talimat-kusur olmalıdır.

3-İş sahibi eseri kabul etmemiş olmalıdır.

İş sahibi eseri kabul ettiği taktirde, TBK M. 477 gereğince yüklenici, sorumluluktan kurutulur. Eserin kabulü, iş sahibinin eserin sözleşmeye uygun surette meydana getirildiğine yönelik irade açıklamasıdır. Eserin kabulü ile birlikte yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden doğan borcu da dahil bütün borçları sona erer

“d. Eserin kabulü

MADDE 477- Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra yüklenici, her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.

İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse eseri kabul etmiş sayılır.

Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır...”

B-Şekli Şartlar

İş sahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kullanabilmesi için Kanun’da belirtilen bazı hususları yerine getirmesi gerekir. Bunlar, eseri gözden geçirme (muayene) ve eserde ayıp varsa bunu bildirme (ihbar) görevidir. Muayene ve bildirim, iş sahibi bakımından bir borç-yükümlülük değil, külfettir.²² Bu hususa ilişkin düzenleme, TBK M. 474’de yer almaktadır.

“a. Ayıbın belirlenmesi

MADDE 474- İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu, uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.

Tarafardan her biri, giderini karşılayarak eserin birlikişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir...”

1-Eseri muayene-inceleme külfeti

İnşaat sözleşmesinde eserin muayene edilmesi, öncelikle tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları şekilde olur. İş sahibi, kural olarak sözleşme veya teamül gerektirmedikçe muayeneyi, bir uzmana veya bilirkişiye yaptırmak zorunda değildir.²³ Durum böyle olmakla birlikte, inşaat sözleşmesinin taraflarına, yani hem iş sahibine hem de yükleniciye, masrafları kendilerine ait olmak üzere eserin muayenesini, bilirkişiye yaptırma ve muayene sonucunu bir raporla tespit ettirme imkânı TBK M. 474/2’de tanınmıştır.

Muayeneyi bizzat iş sahibi yapacaksa iş sahibi, uzman gibi değil, şartlara göre kendisinden beklenebilecek özenle muayenede bulunmalıdır.

Muayene, inşaatın yapıldığı yerde olur.

Muayene zamanı ise kanun gereğince “...işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz...” gerçekleştirilecektir.²⁴

2-Ayıpları ihbar-bildirim külfeti

İş sahibi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için eserde tespit ettiği her türlü ayıbı, yükleniciye bildirmekle yükümlüdür.²⁵

²² Canbolat, s. 82 vd.

²³ Büyükay, s. 116.

²⁴ Öz, s. 201.

²⁵ Büyükay, s. 117.

²¹ Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s.79-80.

İhbar için Kanun'da herhangi bir şekil öngörülmemiştir. Seçimlik hakların kullanılmasında, özellikle sözleşmeden dönme hakkı kullanıldığı takdirde, tacirler bakımından TTK'da öngörülen şekil kuralları uygulanmalıdır.

İhbar zamanı konusunda kanunda ; "...uygun bir süre içinde" unsuru getirilmiştir. Gizli ayıplar bakımından ise ortaya çıktığı andan itibaren derhal bildirilmesi gerekeceği Kanun'da düzenlenmiştir.

IV-İŞ SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI

Şartları gerçekleştiğinde iş sahibinin kullanabileceği haklar, TBK M. 475'te, üç bent halinde, üç seçimlik hak olarak sayılmıştır.

"b. İş sahibinin seçimlik hakları

MADDE 475- Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa **sözleşmeden dönme**.

2. Eseri alıkoyup ayıp oranında **bedelden indirim** isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İş sahibinin genel hükümlere göre **tazminat isteme hakkı saklıdır**.

Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz..."

TBK M. 475'te iş sahibine seçimlik haklar tanınmıştır. Kanuni sınırlamalar içerisinde haklardan birini seçme yetkisi iş sahibine ait bulunmaktadır. Ayrıca bu hakların kullanılması, yüklenicinin kusuruna bağlı değildir.²⁶

Seçim hakkı, yenilik doğuran hak niteliğinde olup şarta bağlanamaz, geri alınamaz ve kullanımı ile birlikte sona erer. Açık veya örtülü irade beyanı ile kullanılabilir.

A-Sözleşmeden Dönme Hakkı

Sözleşmeden dönme, ani edimli borç ilişkilerinde söz konusu olan ve sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak ortadan kaldıran yenilik doğuran bir haktır.²⁷

TBK M.475 gereğince, inşaat sözleşmesinde, "dönme" hakkının kullanılması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir;

- TBK M.475/1-b.1 gereği, inşa eserinin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması gerekir. (Ağır ayıp veya sözleşmeye aykırılığı hakim takdir edecektir.)

- TBK M.475/3 gereği eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış ise sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracak nitelikte olmamalıdır.²⁸ Aksi halde iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Bu durumda, diğer iki seçimlik hak kullanılabilir.

Kanun'a göre, belirli bir ağırlığa sahip ayıpların varlığı halinde, sözleşmeden dönülebilir. Bu çerçevede;

- 1-Ayıp, yapıyı iş sahibinin kullanamayacağı bir hale getirmişse. (Tamamen ve kesin şekilde kullanılmayacak durumda olma---kaba inşaatı ve çatısı bitmiş ancak pencere ve kapısı takılmamış, elektrik su tesisatı yapılmamış.)

- 2-İş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek derecede ayıplıysa. (Dürüstlük kuralı çerçevesinde hakim takdir edecek--- Yalıtım bozukluğu yüzünden sürekli duvarları ve tavanı rutubetlenen veya hiçbir ısıtma tesisatı bulunmayan yapı)

- 3- Yapının sözleşmede açıkça belirtilmiş bazı özellikleri taşımaması gerekir.

TBK M. 475/1-b.1 'de ayıpla ilgili bir ölçü- ağırlık getirilmiştir. Bu ölçüden hareketle genel hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilebileceği doktrinde kabul edilmektedir.²⁹ Buna göre ayıp, bu maddede belirtilen ağırlıkta değilse iş sahibi, eseri teslim almak ve sözleşmeden dönme dışındaki AKT'den doğan haklarını kullanmak zorundadır. Buna karşılık ayıp, maddede belirtilen ağırlıkta ise iş sahibinin iki imkanı vardır; (1) teslim almayı yükleniciyi temerrüde düşürerek TBK M.125 hükümlerine göre sözleşmeden dönebilir veya (2) eseri teslim alıp ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sözleşmeden dönebilir veya diğer seçimlik hakları kullanabilir.

İnşaat, iş sahibinin arsası üzerine yapılmışsa yüklenici bunu yıkmak, kaldırmak ve ayrıca enkaz ve molozları da araziden uzaklaştırmak zorundadır.

²⁶ Öz, s.206.

²⁷ Canbolat, s. 104 vd.

²⁸ Canbolat, s. 114.

²⁹ Bkz. Öz, s.213.

B-Bedelden İndirim İsteme Hakkı

TBK M. 475/1-b.2 gereği iş sahibi, eserdeki ayıp oranında indirim talep edebilir.

Bedel indirimine esas oluşturacak ayıp oranı, hangi ana göre hesaplanacaktır? Bu noktada, yapının teslim anı mı? Yoksa tespit yapıldığı an mı dikkate alınacaktır? Ayıbın yarattığı değer kaybı, zaman içinde artabilir veya azabilir. Yapının teslim anının dikkate alınması ve teslimden sonra dış etkiler nedeniyle bozukluğun artması, yükleniciye yüklenmemesi yerinde olur.³⁰ İndirimin belirlenmesinden sonra ayrıca bu indirimle karşılanamayan bir zarar varsa ve yüklenicinin kusuru da varsa tazminat talep edilebilecektir.

Bedel indiriminin belirlenmesinde üç farklı yöntem bulunmaktadır.³¹

1-Tazminat yöntemi: Ayıbın giderilmesi için gerekli masraflar bulunur ve bedel, bu miktarda indirilir. Bozuk yerlerin tamiri için 30.000 TL ödenmesi gerekiyorsa bu miktar toplam bedelden (500.000) indirilir. Uygulamada bilirkişiler, ayıbın giderilmesi için gerekli malzeme ve işçilik masraflarını bulmakta ve bedeli bu kadar indirmektedirler.

2-Mutlak indirim yöntemi: Yapının ayıplı değerinin, şayet ayıpsız olsaydı taşıyacağı değerden farkı kadar bedel indirilmektedir. Ayıplı yapının piyasa değeri 400.000 TL iken ayıpsız olsaydı 500.000 TL edecek idiyse aradaki 100.000 TL fark indirilir. Yapının ayıplı ve ayıpsız piyasa değerini belirlemek zordur.

3- Oransal (nispi) indirim yöntemi: Yapının ayıpsız olsaydı taşıyacağı değer ile şimdi ayıplı olduğu için taşıdığı değer arasında orantı kurulur ve bu orantı, sözleşmedeki bedele uygulanarak indirim yapılır. Örneğin, ayıplı yapının piyasa değeri 400.000 TL iken ayıpsız olsaydı 500.000 TL edecek idiyse ve sözleşmedeki bedel 300.000. TL ise $400.000/500.000 = 4/5$ oranında $300.000 \cdot 4/5 = 240.000$ TL indirilmiş yeni bedel (yani indirilen miktar: 60.000 TL) olacaktır. Yapıların ayıplı ve ayıpsız piyasa değerlerinin belirlenmesi bu yöntemde de zordur.

Bu üç yöntemin yanı sıra doktrinde, "maliyete göre hesaplama yöntemi" olarak adlandırılan ve Türk Mahkeme uygulamasında görülen bir yöntem bulunmaktadır.³² Buna göre, yapının tamamlanmasına kadar malzeme ve işçilik toplam maliyeti hesaplanır, ayıp oluşturan yetersizliğin düzeltilmesi için gereken masraf hesaplanır

³⁰ Öz, s.207.

³¹ Bedelden indirime ilişkin yöntemler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, s.207-208; **Canbolat**, s. 127 vd.

³² Öz, s.208-209.

ve bu masrafın toplam maliyete oranı kadar bedel indirilir. Sözleşmede 300.000 TL bedel kararlaştırılmış ve yapılan işin maliyeti 200.000 TL, ayıbın giderilmesi masrafı ise 50.000 TL olacak ise; $50.000/200.000=1/4$, $300.000 \cdot 1/4= 75.000$ TL bedel indirimi yapılır.

C-İnşa Eserinin Onarılmasını İsteme Hakkı

TBK M. 475/1-b.2 gereği iş sahibi, inşa eserinin onarılmasını isteyebilir. Doktrinde bu seçimlik hak, yenlik doğran bir hak olarak kabul edilmemektedir.³³ Zira yüklenicinin ayıpsız bir ifa borcu var ve onarım talebi de buna ilişkin özel bir hüküm. Yenlik doğran hak olmamasının özelliği, diğer seçimlik hakları düşürmemesindedir.³⁴

Kanun hükmünde de açıkça belirtildiği üzere "... aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme..." hakkı vardır. Aşırı masraf, iş sahibinin onarım sebebiyle elde edeceği yarar ile yüklenicinin onarım masrafları arasında açık bir dengesizliğin bulunduğu durumlarda kabul edilmelidir.³⁵

İş sahibinin bu seçimlik hakkı tercih etmesi halinde yüklenici, bunu yapmaktan kaçınır veya yapamazsa bunun yapılması, üçüncü bir kişiden istenebilir. Masraflar, yükleniciye aittir. Bu noktada, 113/2'deki hakim iznine ihtiyaç olmadığı kabul edilmektedir.³⁶

D-Tazminat Hakkı

İş sahibi, diğer seçimlik hakların yanı sıra zararlarının tazminini talep edebilir. Ayrı bir fıkrada genel hükümlere atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. İş sahibi, seçimlik hak kullanmadan da tazminat talep edebilir.³⁷

Şartları;

- Eser ayıplı olmalıdır,
- İş sahibi zarara uğramalıdır,
- Ayıp ile zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır,
- Yüklenici kusurlu olmalıdır.

Teşekkür ediyorum.

³³ Öz, s.210.

³⁴ **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s.85; Öz, s.210-211.

³⁵ Öz, s.209.

³⁶ **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s.85-86.

³⁷ **Eren**, İnşaat Sözleşmeleri, s.86; Öz, s.219-220; **Kocaağa**, s. 146 vd.; **Canbolat**, s. 148



ERKAN ÖZDEMİR

Mücbir Sebep

Ben de öncelikle hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum.

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

İhale sözleşmesinin hukuki niteliği nedir? Zaten açılış konuşmasında belirtilmişti, yanlış hatırlamıyorsam Deha Bey, kanun maddesini okuyarak bunun bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu ifade etti. Sözleşmeler Kanunu'nun 4. Maddesi, tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğundan bahsediyor. Aynı zamanda Kanun'un 36. maddesinde de diyor ki: "Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde, Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır." Dolayısıyla bu iki hüküm yorumlanmak suretiyle bu ihale sözleşmesinin, özel hukuk sözleşmesi olduğu ifade ediliyor. Bununla birlikte, doktrinde bunun tersini savunan hocalar ve akademisyenler de var. Mesela, bunlardan bir tanesi, İdare Hukuku Hocası Kemal Gözler, ihale sözleşmesinin idari sözleşme olduğunu iddia ediyor. Bu kaniya nereden varıyor? İşte, sözleşmenin kamusal karakterler taşıması, idarenin üstün ve ayrıcalıklı konumda bulunması ve katımlı akit olması dolayısıyla idari sözleşme olarak değerlendiriyor. Fakat yargı içtihatlarında ve doktrinde kahir ekseriyetin bunu, özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirdiğini görüyoruz.

Bir diğer özelliği nedir bu sözleşmelerin? Hepiniz biliyorsunuz, tip sözleşme olarak düzenlenmiş. Kim düzenliyor tip sözleşmeleri? Tip sözleşme hazırlama görevi, Kamu İhale Kurumuna verilmiş. Kamu İhale Kurumu, tip sözleşmeleri hazırlayıp her İhale Uygulama Yönetmeliği'nin ekine dercetmiştir ve bu tip sözleşme esas alınarak idare sözleşmeyi hazırlıyor. Tip sözleşme olması hasebiyle de bu sözleşmeler aynı zamanda Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenmiş olan katımlı akit yani genel işlem koşullarını taşıyan sözleşme niteliğini taşıyor.

Diğer bir özelliği nedir? Sinellagmatik akitlerdendir. Zaten Ferhat Hocam söylemişti, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden. Yapım sözleşmesi, eser sözleşmesi niteliğini taşıyor. Eğer mal alımı söz konusu ise satım sözleşmesi, hizmet alımı ise eser sözleşmesi niteliğini de taşıyabilen hizmet sözleşmeleri var, hizmet akdi olarak değerlendirilebilen sözleşmeler de mevcut. Özel hukuk sözleşmesi olması dolayısıyla ihtilaf vuku bulunduğu çözüm yeri neresi olacaktır? Elbette adli yargı.

Peki, Kamu İhale Kurumunun görevi nedir? Yani sözleşmenin uygulaması aşamasıyla ilgili olarak nerede durmaktadır Kamu İhale Kurumu? Bunun tespiti için iki Kanun'a bakmamız gerekiyor, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu. Kamu İhale Kanunu'nda, Kamu İhale Kurumuna verilen birtakım görev ve yetkiler var. Bunlardan bir tanesi, Sözleşme Kanunu'na ilişkin bütün mevzuatı hazırlamak, işte tip sözleşmeleri, standart ihale dokümanlarını hazırlamak ve burada vurgu yapmak istediğim, uygulamayı yönlendirmek görevi. Neden vurgu yapıyorum? Çünkü zaman zaman Kamu İhale Kurumuna sözleşme uygulamasıyla ilgili görüş soruluyor. Kamu İhale Kurumu, genelde sözleşmenin uygulaması aşamasıyla ilgili olarak, "Görüş verme yetki ve görevim bulunmamaktadır." diyor bireysel başvurularda. Fakat bu yetkisini, düzenleyici işlem yaparak kullanabiliyor. En son Yüksek Fen Kurulu tarafından Kurumumuza bir konuda başvuruda bulunulmuştu, gecikme cezasıyla ilgili olarak, "Gecikme cezasının hesabında ne dikkate alınacaktır? Yani matrahı, iş artışı, iş eksilişi, fiyat farkı etkileyecek midir?" diye bir görüş sorulmuştu. Bununla ilgili olarak da şu anda internet sitesinde de yayınlanan bir Düzenleyici Kurul Kararı mevcut. Dolayısıyla bu yetkisine dayanarak, uygulamayı yönlendirme yetkisine dayanarak, sözleşme uygulaması aşamasıyla ilgili olarak da kararlar alabilmektedir.

Diğer bir görev de fiyat farkına ilişkin bir görevi var. Bakanlar Kuruluna teklifte bulunmaya yetkili makam, Kamu İhale Kurumu fiyat farkı belirlemesiyle ilgili. Bugünkü ana konumuz olan mücbir sebep hallerini belirlemek de yine Kamu İhale Kurumunun yetkileri arasında sayılmış.

Gelelim ana konumuza, mücbir sebep: Kanun'da herhangi bir tanım yok. Nerede tanımlanmış? Yargı içtihatlarında ve doktrinde tanımlanmış. Kelime kökenine bakarsak, Arapçadan dilimize geçmiş "Cbr" kökünden geliyor. Yani icbar eden, zorlayan anlamına geliyor. Fransızcasında da belki birçoğunuz onu duymuştur, "Force majeure" terimi kullanılıyor, o şekilde tanımlanıyor. Anglosakson hukukunda da "Tanrının fiili, hareketi" (act of god) tabiri kullanılıyor bu konuda. Dediğim gibi kanuni bir tanım yok. Yargı içtihatlarına ve doktrine bakıyoruz, tanım için. Şöyle kısa bir tanım yapacak olursak: Kusurdan uzak, sezilemeyen, karşı konulamayan gerçek bir olay olarak değerlendiriliyor. Zaten burada da bütün ölçütlerini göstermiş oluyor tanım, mücbir sebebin bütün ölçütlerini bu tanımdan görebiliyoruz. Daha geniş bir tanım yapacak olursak mücbir sebep teşkil eden hâller: İnsanların elindeki araçlarla karşı koyamayacağı ve çoğunlukla da doğadan kaynaklanan borçlunun faaliyet ve işletmesiyle bağlantılı bulunmayan, önceden öngörülemeyen, kaçınılmaz ve mutlak bir şekilde borcun ifasını engelleyen olaylardır.

Mücbir sebepte uygulamada en çok karıştırılan kavram, beklenmeyen hâl kavramıdır. Birbirine çok benzemektedir fakat bazı nüanslar vardır aralarında. Şu şekilde ifade edeyim: Mücbir sebepte, borcun yerine getirilmesi geçici süreyle ya da kalıcı şekilde fiilen imkânsızlaşır. Fakat beklenmeyen hâl vukuunda borcun yerine getirilmesi güçleşir. Beklenmeyen hâl örnek vermem gerekirse: Diyelim ki Karayollarının yapmış olduğu yol yapım ihalesi var, yapım sözleşmesi olarak akdedildi ve sözleşmenin altıncı ayında bitüm (asfalt) fiyatlar %300 arttı. Sözleşmede fiyat farkı veriliyordu ya da verilmiyordu. Bu durumda ne olacak? Yüklenici mücbir sebep talebinde bulunabilir mi yoksa bu bir beklenmeyen hâl midir? Bu, evet, taraflardan biri açısından ifayı zorlaştıran bir nedendir fakat imkânsızlaştırmaz. Bu durumda yüklenici, borçlu, mücbir sebep başvurusunda bulunamayacak fakat beklenmeyen halden dolayı, Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelerden yararlanabilecek. Ne var Borçlar Kanunu'nda? Sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunabilir, yanlış hatırlamıyorsam 138. madde eğer satım sözleşmesi ise. Eser sözleşmesi ise ki yapım sözleşmesi olduğu için eser sözleşmesi, sanırım 480. maddesindeki uyarlamadan yararlanabilir. Yani mahkemeye dava açıp yeni şartlara uyarlanmasını, işlem temelinin çöktüğünden bahsederek sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını talep edecek. Eğer yeni şartlara uyarlanmasıyla da bu aşırı ifa imkânsızlığı giderilemiyorsa sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilecek. Eğer sürekli edimli bir sözleşme ise -ki yapım sözleşmeleri de sürekli edimli sözleşmelerdendir- fesih talebinde bulunacak mahkemedir. Dolayısıyla bu iki kavramı birbirine karıştırmamak gerekiyor.

Bu konuda son olarak şunu söyleyeyim: Her bir mücbir sebep, bir beklenmeyen hâl teşkil eder ancak her beklenmeyen hâl, bir mücbir sebep teşkil etmeyebilecektir.

Yine bu konuda temerrütle ilgili şöyle bir farklılık var: Temerrüde düşen borçlu, borcunu zamanında ödeyemeyip temerrüde düşerse beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumlu tutuluyor. Tabii bunun bir kurtuluş beyyinesi var, yine Borçlar Kanunu'nda. Vele ki kusuru olmadığını ispat etsin temerrüde düşmede. Fakat mücbir sebep hâlinde, temerrüde düşmüş olsa bile bu borca aykırılığın tüm sonuçlarından kurtulacaktır.

Şimdi, mücbir sebebin ölçütleri. Gerçi tekrarlamış oluyoruz, tanımda zaten ortaya çıkmıştı, yine kısaca geçelim üzerinden. Öncelikle mücbir sebebi doğuran bir olay olmalı. Bu olay önlenemez, karşı onulamaz, öngörülemeyen, önceden sezilemez nitelikte gerçek ve doğmuş bir olay olmalı ve yine borçlunun iradesi dışında ortaya çıkmış olmalı. Yani kusursuzluk ölçütü. Dolayısıyla bu ölçütlere bakılarak somut olayda mücbir sebep halinin oluşup oluşmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda nasıl düzenlenmiş mücbir sebep hâlleri?

Yine Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak genel bir sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak düzenlenmiş ve bazı olaylar açıkça mücbir sebep olarak sayılmış Kanun'un 10. maddesinde. Mücbir sebep olarak açıkça sayılan hâller:

- Doğal afetler (deprem, sel, toprak kayması gibi.)
- Kanuni grev,
- Genel salgın hastalık,
- Kısmi veya genel seferberlik ilanı,
- Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller,

bunlar açıkça sayılan durumlardır.

Bunun dışında mücbir sebep belirleme yetkisine kim sahip? Kamu İhale Kurumuna vermiş Sözleşmeler Kanunu, bu yetkiyi. Bunun dışındaki hâllerde, Kurum tarafından mücbir sebep belirlemesi yapılabiliyor. Bu belirlemeye ilişkin olarak da Kamu İhale Genel Tebliği'nin 25.3 maddesinde çok detaylı açıklamalar yapılmış.

Şimdi, bu Kanun'da açıkça sayılan hâllerde, idarenin Kamu İhale Kurumuna başvuruda bulunmasına gerek yok. Eğer bir doğal afet söz konusu ise idare, bu durumu kendisi değerlendirip o olayda mücbir sebep olup olmadığına karar verecek. Dolayısıyla doğal afet durumunda Kamu İhale Kurumuna başvuruda bulunmadan işlemi tesis etmesi gerekiyor.

Tabii, bu Kanun'da açıkça sayılan hallerin bizatihi varlığı bu vakayı mücbir sebep değerlendirmek için yeterli kabul edilmiyor. Aynı zamanda uyulması gereken birtakım vasıflar var, şekil şartları var, bu şekil şartlarına da uyulması gerekiyor Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu bakımından. Bu da Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiş. Nelerdir bunlar? Öncelikle yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olacak bu olay.

İkincisi, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması gerekiyor. Ki zaten mücbir sebebin tanımında bu var yani taahhüdün yerine getirilmesine engel niteliktedir.

Üçüncüsü, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş olması gerekiyor.

Dördüncüsü de, yine asıl şekil şartı, olayın gerçekleştiği tarihten itibaren yirmi gün içerisinde yüklenicinin mutlaka idareye yazılı olarak bildirimde bulunması gerekiyor.

Diyelim ki Kanun'da açıkça sayılan doğal afet, kanuni grev, seferberlik hali gibi durumlarda yüklenici borcunu ifa etmezse ne olur? Sözleşmeye aykırılığın sonuçlarından kurtulur. Fakat bunu idarenin mücbir sebep olarak değerlendirmesi lazım. İdare, bu durumu mücbir sebep olarak değerlendirmezse ihtilafın çözüm yeri neresi? Yine adli yargıda dava açılması gerekiyor. Sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğunu söylemiştik.

Burada yine vurgu yapmak istediğim bir konu var, idareler genellikle KİK'e gelirken bu değerlendirmeyi yapmıyorlar. Kamu İhale Genel Tebliği'nin 25.3. maddesi şöyle bir yetki vermiş idarelere, diyor ki: Sen, sana yapılan mücbir sebep başvurusunu değerlendirirken şuna bakacaksın: Bu olay, yüklenicinin bahsettiği olay, önceden öngörülebilir ve önlenemez niteliği taşıyor mu? Eğer taşıyorsa bu nitelikteki yani bu özellikleri taşımayan olaylarla ilgili olarak Kamu İhale Kurumuna başvuruda bulunma. Dolayısıyla sen idare olarak kendin, "Mücbir sebep bulunmamaktadır." deyip başvuruyu reddedebilirsin diyor. Ama çoğu idare, bu yetkisini kullanmıyor, her halükârda kendisine eğer bir başvuru yapıldıysa mücbir sebeple ilgili olarak, mutlaka bunu Kamu İhale Kurumundan görüş sorarak çözmeye çalışıyor. Onun dışındaki durumlarda, yani eğer tereddüdü varsa ya da mücbir sebep olduğuna kâni ise kendisi karar veriyse yine kendi görüşünü de belirtmek suretiyle gerekli bilgi ve belgeleri de Kamu İhale Kurumuna göndererek Kurumun görüşünü bekleyerek hareket etmek durumunda.

Şimdi, Kamu İhale Kurulunun aldığı kararlara karşı nerede dava açılması gerekiyor? İdari bir organ olduğu için mücbir sebep belirlemesiyle ilgili diyelim

ki başvuru yapıldı, yüklenici tarafından idareye, idare de bunu Kamu İhale Kurumuna sordu. Kamu İhale Kurulu, "Mücbir sebep bulunmamaktadır." dediği zaman, yüklenici bu karara karşı idari yargıda dava açabilecektir.

Kamu İhale Kurumu tarafından hangi durumlar mücbir sebep kabul ediliyor, hangileri kabul edilmiyor? Bu konuda genel bir kriter belirlemek, genel bir şey söylemek zor çünkü sürekli bireysel başvuru yapıyor ve her somut olayın kendine özgü şartları dikkate alınarak değerlendirme yapıyor. Her yıl onlarca başvuru yapıyor Kamu İhale Kurumuna. Geçtiğimiz yıl, 2016 yılında toplam 80 başvuru yapıldı ve bu 80 başvurunun %70'inin üzerinde olumsuz karar çıktı.

Şimdi, neleri kabul etmiş, kararları taradığımızda. Bazı kararları taradım ve şunlarda yoğunlaştığını gördüm, kabul edilen kararların: Terör olayları. Üzücü bir şekilde geçtiğimiz son yıllarda terör olayları yaşanıyor ülkemizde maalesef. Sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi, özel güvenlik bölgesi ilan edilmesi. Diyelim o iş yerinde kişi işi yapamıyor, iş yerine gidemiyor. Dolayısıyla bu şekildeki yapılan başvuruları Kamu İhale Kurumu mücbir sebep olarak değerlendirdi.

Onun dışında, ortaya çıkan olumsuz hava koşulları. Eğer ekstrem ise yani mutad sayılamayacak, önceden öngörülemez şekilde bir hava olayı söz konusu ise bunu da mücbir sebep olarak kabul ediyor, yapılan başvurularda.

Yine yapımla ilgili diğer bir örnek ki kabul edilen son örnek: Diyelim ki iş sahasında kazı çalışması devam ederken bir tarih kalıntı ortaya çıktı ve o alan arkeolojik SİT alanı ilan edildi. Bu durumda da başvuruyu mücbir sebep olarak değerlendiriyor. Bunlar, dediğim gibi Kurul kararlarına yansımış olaylar.

Bir de kabul edilmeyen hallere bakalım, neleri reddetmiş? Diyelim ki yapım işinde kullanılacak malzemeler yüklenici tarafından zamanında temin edilememiş. Bu, yeterli bir neden değil, mücbir sebep teşkil etmesi için. İşte, mallar nakliye sırasında hasar görmüş, burada da mücbir sebep başvurusu reddedilmiş. Yine, havanın fen noktasında çalışmaya uygun olmadığı dönemde meydana gelen olumsuz hava koşulları ki zaten çalışılmaması gerekiyor o dönemde. Dolayısıyla o dönemdeki olumsuz hava koşullarından yararlanılmaması gerekiyor, mücbir sebep dolayısıyla yüklenicinin. Yine, yüklenicinin kazı izin ve ruhsatını süresinde alamamış olması da kabul edilmeyen nedenler arasında.

Şimdi, söylemiştim, yüklenici tarafından idareye karşı sürülebilir bir nedendir yani idarenin mücbir sebep başvurusunda bulunma hakkı ve yetkisi

yoktur, mutlaka yüklenicinin bir başvurusu olması gerekiyor kendisine. Dolayısıyla idareden kaynaklı herhangi bir sebep varsa bu mücbir sebep teşkil etmiyor hiçbir şekilde. Bunlara da örnek verecek olursak: İdare yükleniciye yer teslimini yapmadı ya da bu konuda gecikme yaşadı ya da elektrik dağıtım işinde üçüncü taraf olan TEDAŞ'ın proje onayını geciktirmesi söz konusu ya da kamulaştırma sorunu yaşanıyor, işin yapılacağı yerde. Bunlar da hep yine Kurul kararlarına yansıyan hususlar. Bu durumlarda idare değerlendirmesini kendisi yapacak ki zaten bu yetkisi var, Yapım İşleri Genel Şartnamesinde ve sözleşme tasarılarında idareden kaynaklanan nedenlerle yükleniciye süre uzatımı verilebileceği açıkça ifade edilmiş. Fakat şu yok: Süre uzatımı verilebilir ama Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda sözleşmenin karşılıklı feshedilip edilip edilemeyeceğiyle ilgili herhangi bir düzenleme yok. Bu durumda ne yapılması gerekiyor? İdareden kaynaklanan bir sebep var, işin yapılmasını geciktiriyor ya da imkânsız kılıyor. Yani süre uzatımı verilerek de işin gerçekleştirilmesi mümkün değil. Bu durumda feshedilmesinden başka bir çare yok. İşte Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 36. maddesindeki hükümden Borçlar Kanunu'na gidileceği için hüküm bulunmayan hâllerde, Borçlar Kanunu hükümlerine göre hareket edilmesi gerekecek. Bu konudaki sorumluluğun idareye ait olduğunu söylemek gerek.

Son olarak, mücbir sebeple ilgili olarak etkisi nedir kamu ihale sözleşmesine? Süre uzatımı verilebilir eğer mücbir sebep vakası varsa ya da sözleşmenin feshi yönünde karar alınabilir. Eğer süre uzatımı ile telafi edilebilecek bir durum söz konusu ise süre uzatımı vermesi beklenir idarenin. Ama ifayı imkânsız hâle getiriyorsa süre uzatımı da yeterli olmayacaksa bu durumda da sözleşmenin feshedilmesi gerekecektir. İşte, süre uzatımı olması durumunda yüklenici temerrütten kurtulmuş olacak ve herhangi bir gecikme cezası veya tazminat ödemek durumunda kalmayacaktır.

Feshin sonuçları nelerdir? Bu da 23. maddesinde ayrıca düzenlenmiş zaten. Madde başlığı itibarıyla de, "Mücbir sebepler nedeniyle sözleşmenin feshi" şeklinde. Hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir ve kesin teminat ve ek kesin teminatlar varsa yükleniciye iade ediliyor. Yani teminatına el konulmuyor, gelir kaydediliyor.

Gecikme cezasından başlangıçta da biraz bahsettim. Yine sözleşmede belirtilmesi zorunlu hususlardan bir tanesi, feri borç niteliğini taşıyor. Fakat ceza koşulu muaccel hâle geldikten sonra bağımsız bir alacak niteliğini taşıyor. Maktu bir belirleme yapılamıyor gecikme cezasında, belli bir oran olarak belirlenmesi gerekiyor. Bütün tip sözleşmelerde zaten o oran aralığı belirtilmiş ve idareye orada bir takdir hakkı bırakılmış. Yapım işlerinde bu, binde

3 ile binde 6 aralığında tespit edilmek durumunda. Diyelim ki yüklenici süresinde işi yerine getiremedi ve temerrüde düştü. Ne yapılacak bu durumda? İlk iş, en az on günlük bir süre tanınarak ihtarname çekilmeli. Bu ihtarnamenin noter kanalıyla çekilmesi zorunluluğu bulunmamakta. İşte, bu vereceği süreyi, idare kendisi takdir edecek ve en az on gün olacak. Tabii dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edilmesi gerekiyor, menfaat dengesi gözetilerek. Diyelim ki bu süre içerisinde de işi yerine getiremedi bu durumda, sözleşme yine feshedilecek ve bu sefer teminat gelir kaydediliyor.

Gecikme cezaları da işin hakedişinden kesilecek ya da ayrıca tahsilat yapılabilecektir, eğer karşılanmıyorsa.

Gecikme cezası hangi süre içinde uygulanacaktır? Burada yargı organları arasında bir fikir ayrılığı olduğunu görüyoruz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2016 yılında aldığı kararda diyor ki, "Gecikme cezası sadece ihtarlı süre içerisinde kesilebilir." Diyelim ki on günlük bir süre verdi, bu on günlük süre içerisinde kesilebilir gecikme cezası. Sayıştay Temyiz Kurulu ise daha yeni tarihli bir kararında: Borç ne zaman muaccel hâle geldiyse, ödenmesi gereken tarihte ödenmediyse, o tarih ile ihtarlı süre arasında, diyelim ki on günlük süre verdiniz ama bu on günlük süreyi beş gün sonra vermişsiniz, o on beş günlük sürede ceza kesilmesi gerekiyor.

Gecikme cezasının matrahıyla ilgili zaten düzenleyici Kurul kararı var demiştim, 2006 yılında alınan. Burada iş eksilişinden, iş artışından, fiyat farkı ödemelerinden etkilenmiyor. İlk sözleşme bedeli dikkate alınarak gecikme cezası tespit ediliyor, tutarı belirleniyor.

Son söz: Temerrüde düştü, gecikme cezası uygulanıyor, mücbir sebep teşkil eden bir olayla karşı karşıyayız. Bu durumda yüklenici, mücbir sebep başvurusunda bulunabilir mi? Kanun, bu konuda herhangi engelleyici bir düzenleme getirmemiş. Dolayısıyla ben, bu durumda da yine mücbir sebep dolayısıyla süre uzatımı veya sözleşmenin feshi talebinde bulunabileceğini düşünüyorum, yüklenicinin.

Dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum.

Av. Ali Rıza Yücel

Sayın KİK Uzmanı Erkan Özdemir Bey'e, bu kapsamlı sunumundan dolayı ayrıca teşekkür ederiz. Ancak ben sorulara geçmeden önce bir hususa değinmek istiyorum. Mücbir sebebin aslında iki tane temel unsuru var; biri öngörülemezlik, ikincisi önlenemezlik. Sadece bunlar yeterli mi? Değil. Yüklenicinin de müdebbir yani basiretli bir tacir, daha doğrusu sorumlu bir meslek adamı olması gerekli. Yani o hususun da gözden uzak tutulmaması gerektiğini düşünüyorum.

1. OTURUM

SORU CEVAP BÖLÜMÜ

Av. Ali Rıza Yücel

Ben kürsü avantajını kullanarak Ferhat Bey'e bir soru yöneltmek istiyorum. Ferhat Bey sunumu sırasında gecikme cezalarından bahsetti. Ancak şunu merak ediyorum: İş sahibi idarenin ki aslında biraz da katkı gibi olabilir, asıl borcun ifasını kabul ederken gecikme cezası talep etme hakkını açıkça saklı tutmuş olması gerekir. Bu itibarla cezai şart talep etme hakkını muhafaza etmek isteyen iş sahibi, cezai şart talep etmek istediğini belirten açıklamasını en geç eserin teslimi aşamasında yapmalıdır. Yani ifaya ekli ceza, geçici kabule kadar uygulanmamışsa ve de iş sahibi idare, geçici kabul tutanağına bu konuda bir ihtirazi kayıt da koymamışsa artık ceza ile ilgili herhangi bir talepte bulunamaz. Neye dayanarak söylüyoruz? Türk Borçlar Kanunu Madde 179/2. Bu konuyu vurgulamak istedim.

Bir de Sayın Ferhat Bey, gayet güzel, ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan bahsettiler. Bu konuyu biraz daha açmak istiyorum. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun üç safhası var: Bir, işin başından geçici kabule kadar olan safha. İki, geçici kabul ile kesin kabul arasındaki aşama. Üç, kesin kabulden sonraki on beş yıl. Nerede yazıyor bu? Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda. Borçlar Kanunu'ndaki bunun karşılığı nedir? Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı, Madde 478'de düzenlenmiştir, "zaman aşımı" diye. Oradaki süreler; taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yıl, taşınmaz yapılarda beş yıl ve yüklenicinin ağır kusuru varsa ayıplı eser niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zaman aşımına uğrar. Bu konuda da Ferhat Bey açıklama yapmak isterse tabii ki bekleriz. Ama önce önündeki sorulara cevap verirse seviniriz.

On iki yıldan bahsediliyordu da bir yanlış anlaşılma var galiba.

Doç. Dr. Ferhat Canbolat

Benim verdiğim örnekte on iki yıl. Ama verdiğim örnekte taraflar arasındaki uyumsuzluk konusu olan husus, geçici kabul. Geçici kabulün sağlanmasına ilişkin olarak dava açılmış. Sözleşmede iş sahibi durumunda olan idare, inşa eserini on iki yıldır fiilî olarak kullanıyor olmasına rağmen, diyor ki "Ben teslim almadım...." Bu anlama geliyor geçici kabulün gerçekleştirilmemiş olması. İşte, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 41. maddesinde, idarenin bir komisyon kurması, komisyonun inceleme yapması, eğer toplam ücretin %5'inden fazla değilse geçici kabul tutanağını vermesi gerekiyor. Bu geçici kabul tutanağını düzenlemiyor, düzenlemekten imtina ediyor, komisyonun kurulması gecikiyor. Ama on iki yıldır fiilî olarak kullanıyor. Ben -tırnak içerisinde onun yorumunu söylüyorum- "teslim almadım" diyor. İdare bu şekilde keyfi davranabilir mi? Geçici

Kabul komisyonunu kurmayarak, geciktirerek veya bu şekildeki çeşitli prosedüre ait işlemlerle?" Nitekim, dava açılıyor, iyi bir tespit ve karar verilmediği için Yargıtay tarafından bozuluyor karar ve tekrar ilk derece mahkemesine geliyor. İnceleme yapılıyor binayla ilgili olarak, tespit yapılıyor. Tespitlerde özellikle dikkat çeken husus, otomasyon sisteminin arızaları sebebiyle geçici kabulün sağlanamadığı ifade ediliyor. Otomasyon sistemi, tabii ki teknolojinin gelişmesiyle birlikte sürekli gelişime açık bir sistem. Sözleşmenin yapıldığı dönemdeki şartlar ve sözleşmenin eki (proje ve proje ekleri) hükümlerini dikkate alarak değerlendirme yapacağız. Ama tayin edilen bilirkişiler, günümüz teknolojisi üzerinden otomasyon sistemini inceliyor. Doğal olarak yetersiz olduğu tespitini yapıyor. Burada da bir eksiklik olduğu için geçici kabulün mümkün olmadığı sonucuna ulaşıyor.

Peki, nereye koyacağız on iki yıldır fiilî kullanımla henüz geçici kabulün sağlanamamasını? Bu hususu, değerli hâkimlerimizin takdirine bırakıyoruz.

Yine, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 30. maddesinde, Başkanımın zikrettiği, on beş yıllık süre öngörülüyor. Söz konusu hükümde, "yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı" ve ayrıca "kesin kabul onay tarihinden itibaren de on beş yıl süreyle" sorumlu olunacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde, "yapıma başlanılmasından itibaren kesin kabule kadar" zaten sorumluluk vardır, kesin kabulün gerçekleşmesine kadar da ki gerçekleşmediği sürece sorumluluk devam edecektir. On beş yıllık süre, dikkat ederseniz teslimden değil, kesin kabulün gerçekleşmesinden itibaren başlayacaktır.

Tabii, burada on iki yıl boyunca geçici kabulü sağlamadığınız zaman kesin kabulün ne zaman sağlanacağını bilmiyoruz, onun üzerine de yirmi dört yıl koyduğunuzda belki otuz altı yıl, onun üzerine de sözleşmedeki o hükmü eklediğiniz zaman, yani on beş yıl daha eklediğinizde elli bir yıllık bir sorumluluk öngörebileceksiniz. Böyle bir sistemi kabul etmek mümkün değil.

Teşekkür ederim Başkanım.

Av. Ali Rıza Yücel

Biz teşekkür ederiz. Korkut Bey, buyurun.

Prof. Dr. Korkut Özkorkut

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Çok farklı sorular gelmiş.

Gama Endüstri A.Ş. - Utku Açıklan

Teminat mektubu metinlerinde idarenin uhdesinde değişiklik yapılabilir mi? Eğer işin, projenin doğasına daha uygun olduğu düşünülürse. Bu anlamda yüklenici, teklif veren ile idare böyle bir düzenleme üzerinde anlaşıp uygulayabilir mi, bu uygulama hukuki anlamda geçerli olur mu?"

Prof. Dr. Korkut Özkorkut

Tabii, baktığınızda burada şunu anlıyorum: "Verilmiş teminat mektubu metninde daha sonra değişiklik yapılabilir mi?" şeklinde mi bu soruyu anlamamız gerekiyor?

Utku Açıklan

Teşekkürler Hocam. Örneğin, Dünya Bankası gibi kurumların kurallarıyla işletilen işlerde veya ihalelerde, bankaların talepleri üzerine veya ihaleye giren firmaların talepleri üzerine bunun gibi teminat metinlerinde bazı değişiklikler yapılabiliyor ve bunlar uygulanabiliyor. Bizim Kamu İhale Kurumu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabi olan işlerde de böyle uygulamalar yapılabilir mi? Sormak istediğim şey buydu.

Prof. Dr. Korkut Özkorkut

Bu açıdan baktığımızda, mesela, başta da söylediğim gibi yeknesak kurallar uygulaması açısından hani atıf yapılabilir mi, yapılırsa ne olur? Doğaldır ki Kamu İhale Kurumu uygulamalarında görebildiğim kadarıyla bu konuda biraz daha temkinli yaklaşılma eğiliminin hâkim olduğunu görürüz, bana göre yapılabilmesi. Çünkü bu sayede üçlü ilişki, özellikle banka ve yüklenici açısından bu söz konusu ise kontrgaranti var veya finansör bir kuruluş o projeyi destekliyorsa, o ihaleye destekliyorsa, dolayısıyla buna uygun hareket etme ihtimali. Ama tabii ki burada, idarenin güvenceye alınması konusu da işin karşı tarafında bir denge unsuru olarak ortaya çıkıyor. Bir düzenleme yapılırken ikisi arasındaki menfaat dengesini çok iyi değerlendirmek lazım. Türkiye'de de söz meclisten dışarı ama kamu ihale düzenlemesi bu kapsamda doğaldır ki Türkiye Cumhuriyeti Devletinin menfaatlerini ve idarenin menfaatlerini koruma amacını öne alan bir düzenleme olarak da karşımıza çıkmaktadır. Bunun aslında bir hukuk politikası olarak da değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Çünkü nihayetinde biz, burada sadece taraflar arasındaki ilişki açısından, hukuki dengeleri değerlendirmeye çalıştık. Ama uluslararası ticaretin işleyişi bakımından gerekli imkânların hukuki altyapı itibarıyla da sağlanabiliyor olması lazım. Çünkü prosedüre uymamanızın genel yaklaşımı nedir? İhale sürecindeyse ihale iptal edilir. Dolayısıyla başa dönüyorsunuz, "Şurada toparlayabilirdik..., Bu belge eksik..., Getiriverelim..., Şunu verelim..., Hemen düzeltiverelim..." diyemiyoruz. Dolayısıyla bir kamu hukuku ağırlığını

orada hissediyoruz. Ne zaman mevcut ilişki, özel hukuk ilişkisine dönüşüyor? İşte, sözleşmeyi imzalıyoruz ama orada dahi rahat değiliz ki soruların bir kısmı da bununla ilgili, yani geçici teminat mektubu başta Ali Rıza Bey'in de sorduğu, özellikle avans teminat mektubu... Şunu dikkate almak lazım: Banka neyi garanti ediyor? O, riski garanti ediyor, dolayısıyla teminat niteliği taşıyor. Bunun, belirlenebilir olmasından bahsettik, belirlenebilir bir risk. Dolayısıyla avans teminat mektubunda risk, o avans alınan borcun ödenemeyeceği ise bunun dışında kesin teminata ilişkin bir husus açısından avans teminat mektubunun irat kaydedilmeye çalışılması doğaldır ki hukuka aykırı olacaktır.

İşin yapıldığı anda bunun başa gelmesi ayrı sorun ama bunun hukuki bir problem olarak çözülebilmesi de ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Yargıtay'ın kararlarında bu konuya çok ciddi baktığını, hukuki değerlendirmeleri çok ciddiye alarak hatta tarafların dengesi açısından bunu yaptığını, en azından bugüne kadar benim görebildiğim kararlarda söylemek mümkün görünmektedir.

Hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirme, aslında böyle bir şeyi bankanın ödememesi gerektiğini de ileri sürmek, belki doğru bir yaklaşım olacaktır.

Av. Ali Rıza Yücel

Çünkü avans teminat mektubu, idareden alınan bir borca karşılık veriliyor. İdare size para vermiş, onu peyderpey ödüyorsunuz. Para ödendiği zaman zaten borç da ortadan kalkar. Onun, yüklenicinin borcuna mahsup edilmesinin hukuki bir gereksesi olamaz, tamamen yanlış.

Artı, kesin hesap kesintisinden bahsedildi. Kesin hesap verilirse o teminat mektubu iade edilecektir. Dolayısıyla onun üzerinde de bir irat kaydı söz konusu olamaz. Yargıtay'ın da bu konuda kararları olduğunu Recep Bey söyleyecektir.

Zaten ben bir katkıda bulunmadım, sadece Korkut Bey'in söylediklerini tekrarladım. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Korkut Özkorkut

Yargıtay'ın daha önceki kararları da bu konuda net diye düşünüyorum, o konuda ben de size katılıyorum.

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü- Fatih İşiker

"4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda, 'İhaleye katılamayacaklar' başlığı altında, terör örgütleriyle ilişkisi olan isteklilerin ihaleye katılmış da olsa teminatları gelir kaydedilmeden ihale dışı bırakılacaklar hüküm altına alındı. Normalde ihaleye katılamayacak olanların teminatları gelir kaydedilir. 4735 sayılı Kanun'da sözleşmelerin iptali durumunda (terör ilişkisi) nasıl bir uygulama olmalı?" Teminat iade edilmeli mi? İrat mı kaydedilmeli?

Prof. Dr. Korkut Özkorkut

Tabii, bu konu gerçekten, aslında şununla alakalı: Ülkede kim terörist, kim değil, bunu önce bir tespit edebilirsek mesele bundan sonra biraz daha aydınlanacak. Çünkü çok farklı konularda bugün artık talepler gelmeye başladı. İşte, "Şehit polisimizin primini/tazminatını ödedik, dolayısıyla bunu tahsil edebilir miyiz?" Muhatap kim? Teröristlerden tahsil edelim. Kim bunlar? Dolayısıyla tespiti belli, kamu açısından yapılıyor ama, hukukçu olarak bizler, bu tür konulara hep özel hukuk açısından yaklaşıyoruz. Dolayısıyla karşımızda bir özel hukuk kişisi veya adi ortaklık da olsa muhatap net olarak görmek istiyoruz. Önce bu konularda bir çözüm bulabilmek için muhatabımızı tam olarak, efradını cami ayyarını mâni tanımlamamız, karşımızda görmemiz, elimizle âdeta dokunmamız lazım diye düşünüyorum.

Şimdi, dokunduğumuz veya dokunduğumuzu zannettiğimiz nedir? Orada da tereddütlerim olduğunu ifade etmek istiyorum. Tabii, tamamen bir hukuki yaklaşım olarak bunu söylediğimi de ifade etmeliyim. Dolayısıyla ancak o şekilde değerlendirilebilir. Yoksa, hani bir Kanuna konulduğu amaçla dolayısıyla bir yasaklılık nedeni ise doğaldır ki Kanun'un burada net uygulanması söz konusu olacaktır.

Kontrat Yapı Ltd. Şti. - Gökhan Kaya

Geçici teminat mektubunun irat olarak kaydedilmesi, idare tarafından istenilen açıklamaların verilen süre içinde sunulmaması durumu, yabancı firmalar için sıkıntı çıkarmaktadır. Gerek süre gerek içerik idare tarafından yeterli bulunmaz ise teminat irat kaydedilir mi?"

Prof. Dr. Korkut Özkorkut

Evet, ilginç bir soru. Esas itibarıyla tabii idareler bunu kaydedebiliyor ama şu açıdan baktığımda, hani buradaki süreden ne anlamak gerektiği hakkında? Bunu, net olarak şu an için öngöremiyorum. Ama banka açısından da bunu değerlendirmek gerektiğini düşünüyorum. Çünkü en azından teminat mektubunu, metin içeriğindeki ifadeler, matbu metinler açısından değerlendirdik ama alınmış olan teminat mektubunun içeriği açısından da sanki bu hususun değerlendirmesi gerektiğini söylemek lazım diye düşünüyorum.

Yenigün İnşaat A.Ş. - Oğuz Gürel

Teminat olarak banka teminat mektubu yerine geçmek üzere sigorta uygulaması için herhangi bir çalışma var mıdır? Uygulama yönünden bir farklılık yaratır mı?

Prof. Dr. Korkut Özkorkut

Evet, ben her zaman sigortaya temkinli yaklaşırım, özellikle banka teminat mektupları karşısında uygulamada, bir kefalet sigortası var; bu konuda

uygulama genel şartları da söz konusu olduğuna göre, böyle bir uygulama ihtimali ortaya çıkabilir. Ama bu hızı verecek midir banka, teminat mektubunda olduğu gibi? İlk talepte paraya çevirme hızını verebilecek midir? Dolayısıyla bu manada, sigorta ve reasürans şirketlerinin gücü ve finansmanı burada yeterli olacak mı? Çünkü nihayetinde, bir risk havuzunun da mevcudiyeti gerekli olacak. Türkiye'de tamamen bu tür bir teminat anlayışını acaba kısa sürede buraya taşıyabilir miyiz? Düşünmeye değer. Bu alternatif üzerinde ciddi şekilde çalışıldığını da biliyoruz. Dolayısıyla bunu da tüm şartlar açısından değerlendirmek gerekecek diye düşünüyorum. Böyle bir alternatif hakkında sigortacılık uygulamalarının sonucunu görmek gerektiğini ancak bundan sonra değerlendirmenin mümkün olabileceğini düşünüyorum.

Alptekin İnşaat- Fuat Susam

Teminat mektubu, keşif bedeli üzerinden talep edilebilir mi? Oranı %6'nın üzerinde tespit edilebilir mi?

Prof. Dr. Korkut Özkorkut

İbrahim Bey'i karşımda görüyorum, dolayısıyla Kanun'da lafzen yazan, kazuistik bir düzenlemenin üstüne çıkmak mümkün mü? Mümkün görünmüyor çünkü "Sözleşme bedelini" diyor, lafzı çok açık. Her zaman yaptığımız bir tartışma çünkü biz özel hukukta bir çözüm bulma arayışı içerisinde oluruz ama Kamu İhale Kanunu ve uygulamaları açısından, biraz önce de ifade etmeye çalıştığım gibi, bir kamu hukuku ve usul hukuku uygulamaları silsilesi var. Dolayısıyla aslında idareye de bu esnekliği vermek gerekir mi gerekmez mi, her zaman tartıştığımız konulardan birisidir.

Av. Ali Rıza Yücel

İzin verirseniz şöyle söyleyeyim: Şimdi, ilgili düzenlemede bir husus var, aşırı düşük teklifle ilgili bir düzenleme, eğer sınır değer altında teklif verilmişse bu teklif aşırı düşük tekliftir. Eğer aşırı düşük teklif, idarece uygun görüldüyse o takdirde kesin teminat mektubu yaklaşık maliyetin %9'u oranında alınıyor. Dolayısıyla bu çekilebilir sorun varsa böyle bir düzenleme yapılabilir yani. Örneğin, orada oran %6'nın üzerinde ama şartı var. Nedir? Aşırı sınır değer altındadır, aşırı düşük teklif sorgulamasını başarıyla geçmiş, ihale ona verilmiştir. O zaman yaklaşık maliyetin %9'u mertebesinde kesin teminat mektubu verilir yani verilmez diye bir şey yok çünkü düzenleme var.

Teşekkür ederim.

Kamu İhale Kurumu- Yusuf Uslu

"Kesin teminat mektubu tutarı, sözleşme bedelinin %6'sı oranındadır. İş artışı olması sebebiyle fiyat farkı ödemesi yapılan durumlarda, yükleniciden

ek kesin teminat alınmakta ve %6'lık oran her daim korunmaktadır. Ancak 4735 sayılı Kanun'un 22. maddesi ikinci fıkrada, sözleşmenin feshi hâlinde alınan kesin ve ek teminatların alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsü'nde yayınlanan aylık TEFE'ye göre güncellenip aradaki farkın yükleniciden tahsil edileceği belirtilmektedir.

%6'lık oranın her daim korunduğu bir durumda fesih hâlinde, "ek ceza maliyeti" taşıyan bu Kanun (22/II) düzenlemesi 4735 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan idare ve yüklenicinin eşitliği ilkesine ne kadar uygundur?

Av. Ali Rıza Yücel

Zaten o husus, sadece Kanun'da yazıldığı ile kalıyor. Ve diğer düzenlemelerin ona uygun olduğu düşüncesinde değilim. Yine bir kamu hukuku ağırlığı var. O nedenle Kamu İhale Kurumunun değerli üyeleri, bu hususları göz önüne alırlarsa seviniriz.

Prof. Dr. Korkut Özkorkut

Yok, genel. Çünkü gerçekten tam hukuk tekniği açısından bir soru. Aslında bu ne ek ceza maliyeti... Dolayısıyla ne zaman tahsil edilecek ve aradaki farkın TEFE'ye ilişkin oranı üzerinden güncellenecek.

Tabii, güncellenecek olması ve güncelleme, işin doğası gereği makul kabul edilebilir. Ama burada bir denge var mıdır? Bu denge olduğunda ben de şüpheliyim. Dolayısıyla yani 4. maddesi açısından değerlendirmek lazım. Ben de olmayacağı kanaatindeyim.

Alter Mühendislik Müşavirlik Ltd. Şti. -Bayram Sönmez

Planlama ve proje yapımı olarak ihale edilen bir işin, kesin kabulü yapılmış olmasına karşın, uygulama aşamasında %3-5 mertebesinde iş artışı olduğu gerekçe gösterilerek teminat mektubu iadesi geciktirilebilir mi? Nasıl bir yol izlenmelidir?

Planlama ve proje olarak ihale edilmiş bir işimiz bitirilmiştir, kesin kabulü de yapılmıştır, kesin kabul tutanağı tarafımıza verilmiştir. Bir süre sonra iş uygulamaya konulmuştur, uygulama aşamasında yamaç sıyrılmaları nedeniyle ortaya çıkan olumsuzluklardan dolayı iş bedelinde %3-5 mertebesinde bir artış meydana gelmiştir. İşimiz bir başka alanda idare ile sürmekte olduğu için bu kesin kabulden sonra planlama ve projelerin fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmadığı öne sürülerek teminatı iade etmemektedirler. Yani bir yazılı açıklama yok ama sözlü olarak böyle bir beyan var. Bu beklenti içerisindeyiz. Buna bir açıklama istiyorum izninizle.

Prof. Dr. Korkut Özkorkut

Aslında bu açıklamayı idarenin yapması lazım. Sözlü değil, yazılı cevap vermesi de gerekir. Bu

dönemin modası ama... Şimdi, baktığımız zaman, esas itibarıyla kesin kabul gerçekleşmişse kanun hükümleri çok açık. Dolayısıyla teminat mektubunun nasıl iade edileceği ortada ama demek ki burada kesin kabul henüz yapılmamış sonucu ortaya çıkıyor.

"Her şey var" diyorsunuz... E, siz de dava yoluna gitmeyi düşünmüyorsunuz anlaşılabilir?.. "Başka işlerim de var" diyorsunuz!..

Yani o kapsamda değerlendirilecekse, Kanun'da onun da çözüm tarzı var. Demek ki zaten buradaki iş artışı veya maliyet artışı bakımından idare zaten çok farklı bir gözle bakıyor demektir. O zaman yeni süreç, ihale devam ediyor demektir. O zaman da iade etmeyecek demektir. Dolayısıyla hukuki konumu tam olarak ortaya koymamız gerekiyor çünkü buradaki verilerle varacağımız sonuç, henüz şu anlamda, sizin söylediğiniz kadarıyla belirsiz görünüyor.

İNTES-Av. Pınar Çolakoğlu Baydar

Teminat mektubuna hiçbir durumda ihtiyati tedbir konulamaması ve haczedilememesi, 4735 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında sözleşme tarafları eşitlik ilkesine ters düşmektedir, denilebilir mi? Bu hükmün yükleniciler açısından mağduriyet oluşturduğu düşünülecek olursa nasıl değerlendirme yaparsınız? Bu madde üçüncü şahıslar yönünden tedbir konulamaz ya da haczedilemez şeklinde düzeltilebilir mi?

Prof. Dr. Korkut Özkorkut

Evet, kural olarak haczedilemez hükmü var ama haczedilemez denirken kimin tarafından, nasıl haczedilemez? Genel bir haczedilemez hükmü var teminat mektubunun. Ama burada baktığımız zaman, esas itibarıyla bu yaklaşımla bir değerlendirme yapmak menfaatler dengesine daha uygun da düşebilir. Çünkü teminat mektuplarının değil, ama teminat mektubundan doğan alacağın haczi prensip olarak zaten mümkün. Bu tamamen Kamu İhale Kanunu'nun bir tercihi olarak karşımıza çıkmakta.

Av. Ali Rıza Yücel

Teşekkür ederiz. Recep Bey, siz de sorularınıza çalıştınız, onlara kısa ve öz cevap bekliyoruz.

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü- Deniz Hikmet Özdemir

İhalesi yapılmış bir yapım işinin kontrollük hizmetlerinin müşavirlik hizmeti olarak ihale edilmesi hâlinde hakedişlerde idareden bir yapı denetim mühendisinin imzası gerekir mi?

Av. Recep Yalçın

Eğer işin kontrollük hizmetleri bir müşavir firmaya ihale edilmişse ayrıca idare elemanı olan yapı

denetim görevlisinin hakedişlerin düzenlenmesinde bir katkısı olamaz. Tüm hakedişleri, yine bu müşavir firma düzenleyecektir.

Bir başka soru da "İdarelerin fesih yetkisini kullanması sonucu teminatların irat kaydedilmesi, tek yanlı olarak verilen bir uygulama olması nedeniyle ne kadar hukukilik arz etmektedir?" şeklinde.

Gerçekten de idareler sözleşmenin feshi anında derhal nezdinde bulunan kesin teminatlara el atıyorlar ve nakde çeviriyorlar. Bu, tabii yüklenici açısından, ileride telafisi çok zor olan sorunlar doğuruyor. Ben de aynı görüşteyim. Gerçekten de feshin haklı olup olmadığı bir yargı kararıyla belirlenene kadar teminatlara el atılmaması gerektiğini ve bu yolda bir yasal düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyorum.

Kontrat Yapı Ltd. Şti.- Gökhan Kaya

Müteahhit, üçüncü kişi alacaklarının icra dahil sözleşme ve hakedişlere etkisi nedir?" diye bir soru var.

Av. Recep Yalçın

Tabii, üçüncü şahısların kesinleşmiş yargı kararına dayalı bir alacakları varsa müteahhidin hakedişleri üzerine icra koyabilirler, haciz koyabilirler. Haciz edilmezlik iddiası teminat mektupları yönünden yasada düzenlenmiştir. Yoksa üçüncü kişilerin kesinleşmiş alacaklarını müteahhidin hakedişine başvurarak tahsil etmelerini engelleyen bir yasal düzenleme yoktur.

Orman ve Su İşleri Bakanlığı- Süleyman Gök

Teminat mektubu ve teyidi sahte çıkarsa ne gibi bir uygulama yapılması gerekir?

Av. Recep Yalçın

Eğer sözleşme öncesinde sahteliği anlaşılırsa bu, ihalenin feshi nedenidir. Sözleşme imzalandıktan sonra bu, yasal fiil ve davranışlara girer ve yine sözleşmenin feshi nedenidir.

Ali Rıza Yücel

Evet, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Madde 21 ve 25'e bakıldığında göreceğiz.

Koltek Müşavirliği A.Ş.: Tuğçe Armağan

Eser sözleşmelerinde, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan zaman aşımı süresi açık ayıplar yönünden beş yıl, müteahhidin kasten sakladığı kusurlu yaptığı işler yönünden on yıl iken 4735 sayılı Yasa'da on beş yıl olarak bir zaman aşımı süresi düzenlenmiş. Burada bir çelişki var, yine bunun da bir yasal düzenlemeyle giderilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü -Halil Örgören

Yapılan imalat tutarlarının birim fiyatlı işlerde %5, anahtar teslimi işlerde %3'ü kesin hesapta

ödenir denilmektedir. Yüklenici firma, işin devamı sırasında kesin hesabı beklemeden ilgili kalemin kesin metrajını idareye onaylattıktan sonra bu kesintiler kesin hesap beklenmeden geçici hakediş ile firmaya ödenir mi?

Av. Recep Yalçın

Burada da düzenlenen hakedişlerden %5'i karşılığında tutuluyor. Ya sözleşmesinde hüküm varsa teminat mektubu alınıyor, hüküm yoksa hakediş bedeli üzerinden %5'i kesin kabulün onay tarihine kadar tutuluyor ve ondan sonra ödeniyor. Arkadaşımız bu kesin kabulün onay tarihi beklenmeden geçici hakedişle ödenebilir mi diyor. Böyle bir yasal düzenleme yok. Yasa açıkça %5'lerin kesin hesapların idare tarafından onaylanması hâlinde ödeneceğini öngörmüş.

Av. Ali Rıza Yücel

Şimdi, sizin söylediğiniz çok doğru da arkadaşın herhâlde sormak istediği şey farklı bir şey. Mesela, geçici hakedişlerde kesin hesapları tamamlanmışsa onlardan %5 kesilmiyor. O hesaplar verince onların geçici hakedişle ödenmesi gerekir. Recep Bey daha geniş anlamda aldı. Arkadaşımızın sorusu bu anlamda ise ödenir.

Dorçe Holding Av.- Serdar Karahan

Recep Bey sunumunda, ara hakedişlerde, ihtirazi kayıt konulmadığı ve itiraz edilmediği takdirde yüklenicinin kesin hesapta bir daha hak talep edilemeyeceğini ancak sözleşme kapsamı dışında yapılan işlerde, itiraz olmamasının hak kaybına neden olmayacağını söylediler. Bu bağlamda, üst yüklenici ve alt yüklenici arasında sözleşme kapsamı dışında yapılan işler ve zeyilnamelerle yapılan ilave işlerde, geçici hakediş, itiraz yoksa kesin hesapta fiyat farkı istenebilir mi?

Av. Recep Yalçın

Burada yüklenici, hakedişlere giren konularda nasıl itiraz edeceğini şartname delil sözleşmesi niteliğinde düzenlemiş. Dilekçe verecek ve bu dilekçesinde açıkça itiraz konularını belirtecek, "Ekli dilekçemde ihtirazi kayıtla imzalıyorum." demesi gerekir. Aksi takdirde, bu konuda dava açma hakkını kaybediyor. Onun için bunun eşitlik prensibine aykırı olduğunu söylemek mümkün değil.

Özkar İnşaat A.Ş.- Ferayi Kayıket

Yapı İşleri Genel Şartnamesi 39. maddesinde yer alan ihtirazi kayıt uygulaması konusunda bir düzletme yapılabilir mi? Sözleşmelerde karşılıklı eşit haklardan söz ediyorsak bunu eşit hak olarak değerlendirmek mümkün mü? İdare fazla ödeme yaptıysa fark ettiği zaman kesebiliyor. Ama yüklenici eksik ödeme aldıysa ve hemen fark etmediyse hakkını kaybediyor.

Av. Recep Yalçın

Ben sunumumda da arz etmiştim, ihtirazi kayıt mutlaka hakedişe girmiş bir konuyla ilgili olmak zorunda. Şayet hakedişe girmeyen bir kalem alacağı varsa yüklenicinin, zaten bunun ihtirazi kayda konu edilmesine gerek yok. Bu konuda zaman aşımı süresi içinde her zaman dava açabilir. Sözleşme dışı yapılan işler yönünden de böyledir. Sözleşme dışı yapılan bir iş, hakedişe konulmayacağına göre, zaten ihtirazi kayda da gerek bulunmamaktadır.

Av. Ali Rıza Yücel

Erkan Bey, buyurun. Sizden de kısa ve özlü cevaplar rica ediyoruz.

Erkan Özdemir

Sorulara çok çok teşekkür ederim. Genelde benzer konularda gelmiş sorular.

Karayolları Genel Müdürlüğü -Ali Rıza Kıran

“Devam eden işlerde, terör olayından kaynaklı olarak o işte süre uzatımı verilebilir mi ve sözleşme feshedilebilir mi?” diye soruyor.

Erkan Özdemir

Zaten Kurul kararlarından da örnek verirken söylemiştim, bu yönde Kurulun aldığı kararlar var. Mutlaka Kamu İhale Kurumuna başvuruda bulunulması gerekiyor. Yani idare kendiliğinden terör olayı yaşanması nedeniyle mücbir sebep değerlendirmesini yapamayacaktır.

Ali Rıza Kıran

Güvenlik bölgesi ilan edilen yerlerdeki mücbir sebep için KİK kararı beklenmeli mi?

Erkan Özdemir

Evet, mutlaka karar beklenmeli. Yani Kamu İhale Kurumunun önceden almış olduğu öyle bir karar yok, yani “Terör olayları mücbir sebeptir” şeklinde karar alıp da web sitesinde, internet sitesinde yayınlamadı öyle bir kararı.

Yapı Merkezi A.Ş. -Tamer Özgüç

İdareden kaynaklı sebeplerle yüklenicinin birtakım hak kaybı söz konusu. Bu durumda, FIDIC’teki gibi bir ilave fiyat düzenlemesi yapılması düşünülüyor mu, sizin görüşünüz nedir?”

Erkan Özdemir

Evet, menfaat dengesini gözeterek hareket etmek gerektiği dikkate alındığında, zaten hep kamusal birtakım hükümler var sözleşmede, yükleniciler lehine de düzenlemeler yapılması gerekiyor. İdareden kaynaklı bir sebep varsa bu nedenle işin yapımında gecikme söz konusu ise ve yüklenicinin de zararına yol açıyorsa bu durum, ilave bedel ödemesi yapılabilir ama tabii kanuni düzenleme gerekiyor bunun için. Ben olumlu

değerlendiriyorum.

Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı- Berrin Kahraman

Süre uzatımı kararı, sözleşme bitmeden önce mi verilir yoksa bittikten sonra mı?

Erkan Özdemir:

Süre uzatımı kararını alabilmek için ortada geçerli bir sözleşme olması lazım. Sözleşme bittikten sonra, sözleşmenin süresi sona erdikten sonra zaten taraflar artık o sözleşmeye dayalı olarak ifade bulunamayacaklardır. Edimin yerine getirilmesi talep edilemeyecek. Dolayısıyla mutlaka ben süre uzatımının sözleşmenin hitamından önce verilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı- Berrin Kahraman

“Gecikme cezasıyla ilgili bu ihtarlı sürede mi kesilecek yoksa sözleşme bitiminden itibaren mi?”

Erkan Özdemir

Burada iki farklı yargı kararından bahsetmiştim, “Kamu İhale Kurumunun bir kararı var mı?” diye soruyor. Kamu İhale Kurumunun bu yönde aldığı herhangi bir karar yok. Dolayısıyla burada tamamen idarenin inisiyatifinde o kararlar dikkate alınacak. Ama hani, ben, kendi görüşümü söyleyeyim, Sayıştay’ın kararını doğru buluyorum. Çünkü temerrüde düştüğü andan itibaren artık gecikme cezasının işlemeye başlaması gerektiğini düşünüyorum. Temerrüdün sonuçlarının doğması lazım.

Dirgün İnşaat A.Ş. - Hıdır Takar

Mücbir sebep olarak gerektiğinde belirlenecek diğer durumlar nelerdir?

Erkan Özdemir

Sunumda da söylemiştim, nispi bir kavramdır, mücbir sebep. Yani önceden, “şu şu olaylar mücbir sebeptir, şunlar da değildir” diye bir belirleme yapmak mümkün değil. Her somut olayda o ölçütler dikkate alınarak ayrıca değerlendirme yapılması gerekiyor.

Yine, “İdareden kaynaklanan sebepler mücbir sebep olur mu?” diye soruyor, olmayacağını da yine sonunda ifade etmiştik. İdareden kaynaklanan sebeplerle mücbir sebep değerlendirmesi yapılamaz fakat sözleşmenin feshedilmesi isteniyorsa genel hükümlere göre, sözleşme karşılıklı olarak feshedilebilir.

“Devalüasyon durumunda, işte fiilen gerçekleşen ekonomik gelişmeler sonucu bu durum mücbir sebep midir?” diye sorusu var. Ben bunun beklenmeyen hâl olduğunu düşünüyorum. Örnek olarak vermiştim, bitüm fiyatlarında aşırı artış meydana geldi, benzer bir olay. Yine mücbir sebep

değil de beklenmeyen hâl olarak değerlendirilmesi gerekiyor. Sözleşme, değişen şartlara uyarlanabilir.

Yine, "15 Temmuz darbe girişimiyle ilgili, o kalkışma sonucu yaşanan gelişmeler sonucunda TL'nin değer kaybı da mücbir sebep olabilir mi?" diye soruyor. Bunun da beklenmeyen hâl olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Av. Serdar Karahan

İş sahibinin sözleşme maddelerinden kaynaklanan kusuru olsa dahi beklenen faydayı sağlayamayan, hiç faydalanılmayan bir eser söz konusu ise sözleşmeden dönme hakkını kullanıp sonuçlarından faydalanabilir mi? Dürüstlük kuralı kriter midir? Hakkaniyet nasıl sağlanır?

Doç. Dr. Ferhat Canbolat

"Sözleşmenin kurulması sırasında beklenen faydalar, sözleşmenin içeriğine dahil edilmiş, taraflar da üzerinde uzlaşmışlarsa ve bu beklenen fayda eserdeki ayıp sebebiyle gerçekleşmiyorsa tabii ki ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir, bu tür bir hakkın kullanımı gündeme gelebilir. Ama "Sözleşme maddelerinden kaynaklanan kusur" deniliyor. Eğer ayıbın ortaya çıkması -bizim ifade ettiğimiz tarzda- bir talimattan kaynaklanıyorsa veya diğer kusuru oluşturan bir husustan kaynaklanıyorsa, Kanun'un açık hükmü karşısında sözleşmeden dönme hakkının veya ayıba karşı tekeffülden doğan diğer hakların kullanılması mümkün olmayacak. Ama soru yine açık ve net olmadığı için Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinde, tazminat karşılığı fesih hakkına da değinmekte fayda var. Buna göre, eğer yapılmış olan kısmın karşılığı ödenirse ve yüklenicinin bütün zararları karşılanırsa her zaman fesih hakkı vardır. Dolayısıyla yüklenici tatmin edildikten sonra fesih hakkı her zaman mümkün olacaktır.

Bir Katılımcı

Şimdi, bu ihtirazi kayıt konusunda yeterince üzerinde duruldu ancak buradaki 4735'in temel ilkelerinde, "Taraflar sözleşmenin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir." denilmesinden kasıt, hem idarenin hem de yüklenicilerin eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu. Yapım İşleri Genel Şartnamesinde yer alan düzenlemede yükleniciler, ihtirazi kayıt koymamışsa hakedişleri kesinleşiyor. Peki, idareler için niye kesinleşmiyor?

İkincisi, Türk Borçlar Kanunu'nda değişiklik yapıldı, genel işlem koşulları yürürlüğe girdi. Genel işlem koşullarında da Kanun'a aykırı düzenlemelerin söz konusu olması hâlinde, o hükümlerin geçersiz olduğu düzenlemesi yapıldı. Dolayısıyla 4735'in temel ilkesine bir aykırılık söz konusu değil mi ihtirazi kayıt konulmadan imzalanması durumunda hakedişin kabul etmiş sayılması? Eğer biz Borçlar

Kanunu'nun genel işlem koşullarına dayalı olarak delil sözleşmesi niteliğini taşıyan Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ni isteklilere satılan ihale dokümanları içerisinde yer vermiş ise o zaman oradaki ihtirazi kayıt konulmaması koşulu, Türk Borçlar Kanunu'nun 19, 21 ve 6100 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 193. maddesi uyarınca, uygulanmaması gerektiğini düşünüyorum.

Av. Ali Rıza Yücel

Şimdi, uzmanlara söz vereceğiz de yalnız siz, "Sözleşmenin eki ise Yapım İşleri Genel Şartnamesi sorun yok." dediniz anladığım kadarıyla.

Ama Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ni siz de kabul ediyorsunuz yüklenici olarak. Delil sözleşmesi niteliğindeki bir sözleşmeyi kabul ediyorsunuz. Zaten o sözleşmenin eğer yasaya bir aykırılığı varsa zamanında dile getirilebilirdi.

Bir Katılımcı (Devamla)

Ali Rıza Bey, şöyle: Yapım İşleri Genel Şartnameleri %99,9 ihalelerimizde sadece doküman olarak sayılıyor, adı sayılıyor. Yapım İşleri Genel Şartnamesi diye sayılıyor.

Ali Rıza Yücel – Hayır, dokümanın da...

Bir Katılımcı (Devamla) – Dokümanların ekinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi doküman olarak verilmiyor. Verilmemesi durumu için söyledim ben bunu.

Av. Ali Rıza Yücel

Ama şu var, bilinen bir şeyin verilmemesi sorun olmaz çünkü bilinen bir şey. Artı, tüm sözleşmelerde de birinci sırada yer alır. Yani bir çelişki hâlinde, yine Yapım İşleri Genel Şartnamesi geçerlidir. Dolayısıyla bu konuda size hak veremeyeceğim

Yargıtay Üyemiz Recep Bey bu konuda konuşunlar.

Av. Recep Yalçın

Sözleşmelerin tabii eki niteliğinde ve ihale evrakının da bir parçası. Yükleniciler bunu bilerek ihaleye giriyorlar.

Ara hakedişler zaten alelhesap ödenir. Yani bir kesinlik arz etmez, yüklenici ile birlikte yapılıyor. Bunun sonu gelmez. Yüklenicinin ara hakedişlere bir itirazı varsa bu itirazını mutlaka ileri sürmesi gerekir. Mesela, ara hakedişte cezai şart uygulanmış, yüklenici hiç sesini çıkarmadan hakedişi imzalamış, hiçbir ihtirazi kayıt koymamış. E, daha sonra dönüp de "Bana uyguladığınız bu gecikme cezası yerinde değildir, ben süre uzatımına hak kazandım." diyemez. Uyuşmazlıkların da belli bir noktada önünü kesmek lazım. Bu da bir delil sözleşmesi olduğuna göre, sözleşmenin taraflarının da buna riayet etmeleri gerekir, uygulama da bu yönde.

OTURUMLAR

2. OTURUM



Oturum Başkanı
ALİ RIZA YÜCEL
Avukat ve İnşaat Mühendisi



AHMET ÇELİK
İNTES
Disiplin Kurulu Başkanı



ŞADIYE YALÇIN
Devlet Su İşleri
İçmesuyu Dairesi Başkanı



ALİ RIZA KIRAN
Karayolları Genel Müdürlüğü
Yol Yapım Dairesi Başkanı



PROF. DR. ZİYA AKINCI
İstanbul
Tahkim Merkezi Başkanı



İBRAHİM BAYLAN
Kamu İhale Kurumu
Hukuk Hizmetleri Dairesi Başkanı



AHMET ÇELİK

“Yüklenici Açısından Sözleşmeden Kaynaklanan Sorunlar”

Değerli İNTES Başkanım, Yönetim Kurulu Üyemiz ve çok sevdiğimiz meslektaşlarımız, misafirlerimiz... Hoş geldiniz.

Bugünkü toplantıda, derdi çok olan bir kurumun temsilcisi olarak konuşuyorum. Ama olmazsa olmaz kuruluşlardan biriyiz. Türkiye’de müteahhitlik, her şeyde olduğu gibi cumhuriyetin eseridir, cumhuriyetten önce Türk müteahhitliği diye bir müessese yoktur. Burada da gerek Teknik Üniversitenin yetiştirdiği mühendisler, gerekse Karayolları ve Devlet Su İşlerinin uygulama kısmında verdiği uğraşlar Türkiye’de hem mühendisliği hem de buna bağlı olarak da müteahhitliği çok verimli hâle getirmiştir. Biz üniversitede okurken şu olayları yaşadık... İkinci sınıfta topografya dersine başladığımız zaman, topografya profesörü rahmetli Sn. Sait Yasar, uzun kürsüde şerit metrenin nasıl çekileceğini gösterirken, eliyle kaldırdı ve “Bu şerit metrenin ucunu tutan el ile adalet terazisini tutan el arasında bir fark yoktur”, dedi. Dördüncü sınıfa geldiğimiz zaman da dediler ki; “Siz buraya

sınavla girdiniz ama sizden birkaç puan eksik alanlar giremedi. Onun için devletin size yaptığı yatırımların karşılığını ödemeniz lazım. Kendinizden başka 100 kişiye daha iş sahası açmazsanız size hakkımızı helâl etmeyeceğiz.” Biz oradan geliyoruz.

Bizden önce çalışmış olan ve hayata girmiş olan mühendisler, benim ilk hatırladığım Daniş Koper’dir, Allah rahmet eylesin, Karayollarının kuruluşunu sağlamıştır. Karayolları kuruluşu da muhakkak ki Marshall yardımının desteğiyle olmuştur. Birikimleri, hazır olarak, Karayolları olarak elde edilmiştir. Karayolları kurs projeleri açmıştır. Gazipaşa’da vardı, ben orayı gördüm. Orada 25-30 mühendis çalışırdı, emanet yol yapardı. Önemli olan mühendis yetiştirmektir. Orada yetişen mühendisler, yeni açılan bölgelere işletme mühendisi, yapım şefi, makine şefi olarak gitmişlerdir. Formenler de oradan gitmiştir ve Türkiye’de yol nasıl yapılır, Karayolları öğretmiştir.

Aynı şekilde, Devlet Su İşleri kurulmuştur. Merhum 9. Cumhurbaşkanı Sayın Süleyman Demirel Seyhan Barajı proje sorumlusu bulunduğu sırada, projede çok sayıda mühendis istihdam edildiğini, baraj tecrübesi kazandırıldığını anlatmışlardır. Devlet Su İşleri de yeni bir sistem olarak gelmiştir. O da Amerikalı müşavirlerin, çok temiz insanların, çok içten gayretleriyle ve bütün basılı evraklarıyla gelmişler, Devlet Su İşlerini değişik bir kademedir başlatmışlardır. Biz de orada çalıştık, orada yetiştik. Bununla daima iftihar ederiz ve DSI bizim gözbebeğimizdir.

Şimdi, durumda bazı değişiklikler var. Müteahhitlik, eskiden idarenin iş yaparıydı, şimdi karşı cepheye geçmiş gibi olduk. Daima dertler müşterek olurdu, idarede güçlü insanlar vardı, onlara gidilirdi, çözümleri üretirler, destek olurlar ve her şeyin çıkış yolunu bulurlardı. Bu çok büyük bir avantajmış, kıymetini şimdi çok daha iyi anlıyoruz. Uygulama projelerimiz daha olgundu. Sebep, Devlet Su İşleri bir okuldu. Ya buradan iyi projeler çıkardı yahut buradan ayrılmış arkadaşlar proje bürosu açmıştı, onlar iyi projeler yaparlardı. Eksik proje olmazdı. Malzeme etütleri çok iyi yapılırdı, malzeme sıkıntıları olmazdı. Şimdi bunlardan mahrum bulunuyoruz.

Ben, ilk önce kati projelerden başlamak istiyorum. Bir defa, gösterilen malzeme ocakları çok yetersiz ve yanlış değerlendirmelerle geliyor önümüze. Daha sonra uygulama sırasında büyük sıkıntılar çekiyoruz.

Depo alanları aynı şekilde, tam olarak tespit edilmiyor ve "Sonradan hallederiz" deniyor ama nereye taşıyacağımız bilinmiyor. Şimdi fiyatlar da fiks olduğu için bu durum sorun oluşturuyor.

"Kamulaştırma haritalarını siz yapacaksınız." deniyor, "Kamulaştırma işlemlerini siz yapacaksınız." deniyor. Bu müteahhitlikle ilgili bir iş değil. Zaman kaybına ve işin yavaşlamasına sebep oluyor.

Sözleşmelerde bulunan uygulamalar, farklı yorumlara dayanıyor. Şimdi, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu var. Bunu hep tekrar ediyoruz. Kanun'un "İlkeler" başlıklı 4'üncü maddesinde, "**Bu Kanun'a göre düzenlenecek sözleşmelerde ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.**" deniyor. "**Bu Kanun'da belirtilen hâller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.**" deniyor. "**Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir.** İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. **Kanun'un yorum ve uygulamasında bu prensip göz önünde bulundurulur.**" deniliyor.

Şimdi, müteahhitliğin tanımı biraz farklı. Bizim düşündüğümüz, müteahhit olarak yaşadığımız ortam biraz özellikli yapıların meydana getirilmesi için verilen görevlerdir. Burada da bilgi birikimi ve deneyim çok öne geçmektedir. Müteahhit olan taraf sanki hiçbir şey bilmez, hiçbir birikimi yoktur, sadece para kazanmak için gelmiştir şeklinde bir değerlendirmeye karşı karşıyayız. Bu da tabii moral bozucu, biraz da verim düşürücü oluyor. İnsanı yaşat ki devlet yaşasın prensibi var. Şimdi, müteahhidi iyi seçiniz bir defa, yaşatınız ki kurum yaşasın, devlet yaşasın. Bu prensipleri öne çekmemiz lazım. Yoksa, "**Biz devleti temsil ediyoruz.**" diye her şeyi karşı tarafa yükleyip hiçbir yükümlülüğe girmemek ve sonunda "**Mahkemeye git arkadaş**" demek, bu doğru bir şey değildir.

Şimdi, sözleşmelere esas olan genelgeler var. Mesela, Devlet Su İşlerinin 2003 yılında yayınlanmış bir genelgesi var. Burada diyor ki: "Baraj inşaatlarında kullanılan yollar üç ayrı sınıfta mütalaa edilecektir. Bir, baraj ulaşım yolları. İki, malzeme taşın yolları. Üç, kazı ulaşım yolları... Baraj ulaşım yolları, 1'er metre genişliğinde banketler dahil yolun platform genişliği azami 9 metre olacaktır. Yarmada,

hendek derinliği 50 santimetre, genişliği de 2 metreyi aşmayacaktır. Dolguda, imla şevlerinin yüksekliğine göre 1x1,5 veyahut da 3x1 yatay şev yapılacaktır."

İkincisi, malzeme taşın yolları, o da aynı şeyleri tarif ediyor, orada da platform genişliği 9 metre.

Üçüncüsü, kazılara ulaşım yolları. Yani bir yerde kazıya başlayacaksınız, oraya bir yol yapacaksınız. Makineler yürüyecek, gidip gelebileceksiniz... Bu da köy yolu standardında, 7 metre platform genişliğinde.

Şimdi, proje geliyor elinize, ihaleye gireceksiniz, tetkik ediyorsunuz, ulaşım yolu 7 metre platform genişliğinde. Aynı zamanda bu ulaşım yolu üzerinden de 4-5 milyon metreküp malzeme taşıyacaksınız. Bunu bildiriyorsunuz, itiraz ediyorsunuz, "Bunda bir yanlışlık var" diyorsunuz, "Kazıyı münavebeyle yaparsınız." deniyor ve "7 metre olarak uygulanacaktır." deniliyor. Bahsettiğimiz genelge hükümsüz kalıyor, sizin mühendisliğiniz hükümsüz kalıyor, müteahhitliğiniz hükümsüz kalıyor. Bunlar yanlış durumlar. Bu kararları karşı tarafı dinleyerek ve yerine giderek, inceleyerek vermek lazım. Mesela, ilk düşündüğü zaman, baraj ulaşım yollarının 8 metre olarak yapılması düşünüldü. Fakat baraj inşaatına ağır makineler, treylerler geldiği için bunların manevrası ve rahat gidebilmesi için onun da platform genişliği 9 metreye çıkarıldı. Bunlar öyle, ne bileyim hesapsız rakamlar değil, yaşanarak gelmiş rakamlar, yaparak gelmiş rakamlardır. 4 milyon metreküp malzeme taşıyacaksınız. O hacimde siz neyin münavebesini yapacaksınız? Mecbursunuz, işin gereği olan kazı ise kazı, dolgu ise dolgu yapacaksınız ve bu yolları kullanacaksınız. Buralarda böyle, masa başında oturarak yazılan bir yazı hakkında hemen kesin hükümler vermek yanlış oluyor. Aynı şey malzeme taşın yolları için de ulaşım yolu için de, her şey için lüzumlu.

Ondan sonra, malzeme ocakları iyi etüt edilmiyor, yetersiz. Bunların çözümü çok zaman alıyor ve belirsizlikler, hatta idare ile müteahhit arasında gereksiz bir zıtlama, sürtüşme meydana getiriyor. Bunların çözüm yeri idaredir, idarenin bunları çok iyi ele alarak çözmesi gerekir. Üstelik de bu performans DSİ'de var zaten. Bugün DSİ'de müteahhitlik yapan herkes, bu meselelerin hiç sorunsuz olarak DSİ'de çözüleceğine inanır ve o inançla gelir, işe talip olur. Ama buraları tıkadığınız zaman işi yapmak mümkün olmuyor. Bunların üzerinde durulup düzeltilmesi lazım.

Diğer bir konu, kamulaştırma haritaları... Kamulaştırma, devlet gücü isteyen bir uygulamadır, yani kamulaştırma için özel sektör gidip de "Ben burayı kamulaştırıyorum." diyemez. Devlet işidir ve bunun yapılması gereken yer de, eskiden beri olduğu gibi, kamu idaresidir. Bunu yapmak lazım. Bunun, bir yere yazılıp "Bu işin kamulaştırma haritalarını ve kamulaştırma işlemlerini müteahhit yapacaktır." denilmesi yanlıştır. Ayrıca mesela, böyle söylenmek mecburiyeti varsa o zaman da keşif cetveline kamulaştırma haritaları, kamulaştırma işlemleri diyerek kalem açıp bunun karşılığını ödemek lazımdır. "Efendim, fiyatlara dahildir...", deniyor. Fiyatı müteahhit yapıyor şimdi. Müteahhidin yaptığı fiyatta, "Kamulaştırma" diye bir birim yok ki... "Kamulaştırma haritası" diye bir birim yok ki. Onları yapsa, yanlış yapsa, zaten bu defa savunmada kaybeder. Yani bir taraftan işten kaçıyoruz, öbür tarafa da sorumluluk yüklüyoruz. Bu da adaletsizlik oluyor.

Sözleşmeler okunduğu zaman yorum farklılıkları çok çıkıyor. Tabii sözleşme idare tarafından hazırlanır. Muhakkak ki idarenin iyi niyetli olduğu esas kabul ediliyor, bunun yanlış tarafı yok. Ama idarenin, kullandığı yetkinin sorumluluğunu da hissederek hem kendi hakkını hem de karşı tarafın hakkını gözetmesi lazımdır. Yani tek tarafın hakkını savunma şeklinde olmamalıdır. İdarenin devlet sorumluluğu vardır; yani iki tarafın da hakkını savunmak mecburiyetindedir. Şimdi, arkadaşlarda bir Sayıştay denetçisi korkusu var ama maalesef, Allah korkusu yok... Sayıştay korkusuna istinaden veryansın ediyorlar, yüklenip geçiyorlar. Bu yanlış, haksızlık! Böyle olunca tabii ki hizmetler aksıyor, kaybeden kim oluyor? Kaybeden yine devlet oluyor. Devletin hakkını, haklıca korumak lazım, karşı tarafın hakkını da, devletin görevi olarak onu da korumak lazım.

Keşif artışlarında yeni bir sistem getirildi, %20 +20... Biraz önce bahsettiğim gibi malzeme sahalarının tam olarak tespit edilmemesi, döküm sahalarının tam olarak tespit edilememesinden dolayı keşif artışları yüksek çıkabiliyor. Bu keşif artışında da %20 ilk etap idarenin yetkisinde. "%20 ile bitireceğine dair taahhütname ver." diyorlar müteahhide. Vermiyorsunuz, vermeyince de kızıyorlar. Heyetler geliyor, baskı yapıyor... "Bu bir hesap meselesi, yapıyoruz hesabımızı %20 ile bitmiyor, yapamayacağız..." diyorsunuz. "Yok, yapacaksın... Yapman lazım..." diyorlar. Bunlar artık biraz, kusura bakmayın, Osmanlı kafası oluyor.

Yani şimdi, cumhuriyet kafasına dönmemiz lazım. Cumhuriyetin ataklığına, cumhuriyetin verimliliğine sahip çıkmamız lazım. Bir şeyi engellemek çok kolay ama sorumluluğu fazla. Bir şeyi başarmak zor ama zevki fazla. Eğer değerlendirecek olursak insanı yücelten bir hizmet oluyor. Onun için bunların dikkate alınması lazım.

Şimdi, elimde bir ihale dosyası var, o dosyada 11'inci maddede diyor ki: "Depo taşıma mesafesi 6.429 metre olarak alınacaktır." 6.430 metre değil, 6.400 değil, 6.450 değil, 6.429... Bunu nasıl ölçmüş arkadaşlar, ben merak ediyorum! Çünkü genel tarifte taşıma mesafesi, aracın çığnediği yolun mesafesidir. Yükleyeceksiniz gidecek, boşaltacak, dönüp gelecek, kaç kilometre kat etmişse taşıma mesafesi, bunun yarısıdır ve bu taşıma mesafesi de değişebilir. Şimdi, bir baraj inşaatında depo yeriniz buradadır, 3 metre derinden malzeme alırsınız, uzaklaşır gider... 1 kilometre artar mesafe. "Bunu artıramazsınız..." denirse olmaz. Mühendislik bu değil. Mühendislik, çözüm bulma meselesidir. Hatta bugün yaptığınız işte gelecek sene çıkabilecek sorunlara göre önlemleri almanız, bunun çözümünü bulmanız lazım. Yoksa bir masaya oturup, "Benim dediğim budur" dersiniz, bu mühendislik olmaz. Zaten böyle bir meslek de kalmadı, yok. Herkes bir yükümlülük almak mecburiyetinde, bir emek harcamak mecburiyetinde...

Şimdi, bir de mesela, bu sözleşmelere konulacak eklerin karşılıklı anlaşmalarla konulması gerekir. Yine aynı dosyada 15'inci madde diyor ki "Yüklenici, işlerin daha sağlıklı yürütülebilmesi amacıyla işin bitim tarihine kadar idare emrine, idarenin uygun göreceği ön yüzü beton kaplı baraj konusunda uluslararası düzeyde tecrübeli uzman çalıştıracaktır. Yüklenici, idarenin istediği vasıflarda bir adet teknik personeli (mühendis veya tekniker) iş bitim tarihine kadar idarenin emrine verecektir. Personellerin her türlü giderleri yüklenici tarafından karşılanacaktır..." Şimdi, bir şantiyede iş yapıyorsunuz, ön yüzü beton kaplı baraj... Bunun kendine göre özellikleri var tabii, yani böyle rastgele bir dolgu değil. Ama bunu bilen insan, bir defa şantiyede olacak, idarede oturarak olmaz ki. "Her zaman sahaya çıkmayacak." deniyor. Bu mühendis sahada olacak, gidecek taş ocağında patlatma paternini verecek, ondan sonra yüklemenin başında bulunacak, gelen malzemelerin granülometrisine göre uygun bölgelere dökülecek. Bunların güzelce sıkıştırılması, dökülmesi, serilmesi

vesairesi bunları organize edecek ki istenilen nitelikte bir baraj çıksın. Yoksa bu nitelik cepte taşınmıyor ki yani gelip orada oturunca iyi baraj yapılacak şeklinde bir durum yok.

Şimdi, bunlara insan üzülüyor... Devlet Su İşlerinden bu şekilde bir kararın çıkması çok üzücü. Arkadaşlarımızın dikkatli olmaları lazım. Biz hepimiz DSİ'liyiz. Üniversiteden sonraki ikinci tahsilimiz DSİ'de olmuştur. Ne öğrendikse oradan öğrendik, çıktık, şimdi uyguluyoruz. Ama bunu kötüye kullanma hakkımız yok. Lütfen arkadaşlar not alsınlar, dikkat etsinler...

Bir madde daha var, "Yüklenici, işlerin daha sağlıklı yürütülebilmesi amacıyla işin bitim tarihine kadar kontrollük emrine idarenin isteyeceği vasıflarda en az 2017 model bir adet şoförsüz donanımlı minibüs, dört adet otomobil (şoförlü) tahsis edecektir. Araçların her türlü işletme masrafları ve giderleri yüklenici tarafından karşılanacaktır." Nedir bu? Yani o araçların bir de kullanım mesuliyeti var, o kime ait olacak? Denetimi kim yapacak? Böyle şeyler yazılması yanlış! Bunu, 2000 senesinde birkaç işte ilân ettiler, ondan sonra müdahale edildi, kaldırdılar ama şimdi devam ediyor.

Bir de All-Risk sigorta konusu var. All-Risk sigorta konusuyla aşağı yukarı on beş senedir uğraşırız. Şimdi Yapım İşleri Genel Şartnamesi var, eskiden Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi vardı. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 7'nci maddesi, bu All-Risk sigortayla ilgiliydi. Orada bir ibare vardı: "Sözleşmede aksine bir kayıt yoksa şu şu konularda gerekli görülecek hususlarda all-risk sigorta yaptırılır." diye. Şimdi, idareler zannediyor ki sigorta yaptırdık mı bütün sorumluluk bizden gitti. Yanlış. Sigortanın bir mevzuatı var, siz tesisi kullanıma aldıysanız sigortası düşüyor. Baraj inşaatında yol relokasyonunu yapıp Karayollarına teslim ettiyseniz, o yolun sigortası All-Risk sigorta kapsamından çıkıyor, ama müteahhit bunun primini ödüyor. Şimdi, ben pek sulamayı bilmiyorum da, barajlardaki haksızlık o kadar açık ki. Baraj yapım işi kapsamında ne vardır? Temel kazısı vardır, dolusavak vardır, reloke edilecek yol vardır, derivasyon vardır. Bu yapılar, birbiri arkasına yapılır. Şimdi, daha baraja başlamadan tamamı üzerinden, ihale bedeli üzerinden All-Risk sigorta yaptırıyoruz ve hemen primini ödediğimize dair makbuz getirmesiniz hakedişinizi ödemiyorlar.

Bir Katılımcı – Hakedişin ekine konması mevzuat hükmü...

AHMET ÇELİK – Hayır hayır, mevzuat hükmü değil. Bir sigortalama sistemi var, bu sigortalama

sistemini arkadaşlar yorumlamışlar, bu şekilde getirmişler. Kanunda vesairede her şey sigorta olacak diye bir kural yok. Zaten buna karar vermesi gereken mühendisler. Hangisi sigorta ister, hangisi istemez, hangisi ne zaman yapılacak... Mesela, barajlarda büyük bir kalemdir dolusavak kazısı... Buradan kazılır, götürülür ya depoya yahut da gövdede kullanılacak yere dökülür. Nedir bu? Mesela, bir milyon metreküp. Bunun sigortası devam ediyor. Nesini sigorta ediyor bunun? Yapılmış kazı, nesi sigorta ediliyor? Hiçbir şey yok. Şevi kayarsa, "O proje hatasıdır, şevini dik seçmişsiniz, onun için kaydı." diyor sigorta şirketi. O zaman bunu müteahhit ödüyor.

Ondan sonra, temel kazısını yapıyorsunuz, temeli çıkıyorsunuz, batardo seviyesini geçiyorsunuz, dolduruyorsunuz, hâlâ temel kazısının sigortasını ödüyorsunuz. Temel kazısı kalmamış, içi dolmuş, dolgulu. Ama onun sigortasını ödüyorsunuz.

Oradan çıkıyorsunuz, üst kısımlarını yapıyorsunuz, Artık tehlike kalmamış, ama alt kısımların sigortasını ödüyorsunuz. Bunu anlatamıyoruz. Niye? Bir genelge gelmiş, o genelgeye göre hareket ediliyor. Genelgenin esası yanlış. Herkes yanlış olduğunu söylüyor. Sayın Bakanımız da bir toplantıda "Yanlış" dedi, ama çözümlenmiyor, çözümlenmesi lazım. Burada sigortacılar biraz açığözlülük ediyor, yani başka şekli yok.

Bakın, eskiye yöneldiğimiz zaman şöyle bir durum var. Bir deneyim var ve oradan çıkan sonuçlar var. Eskiden mühendisler galiba daha yakınmış işlere, daha iyi yorum yapmışlar. Mesela, eski mukavelelerde –galiba 19'uncu madde- "Sigorta ve tesislerin korunması" başlıklı madde... Orada sayılıyor, müteahhidin tesisleri, müteahhidin iş makineleri, idareye yapılan işler, ihzarat... Bu ihzarat, kum ve çakıl ihzaratı değil. Enerji santrallerinde, bilhassa eskiden daimi tesisat tamamen yurt dışından gelirdi. Tabii, santral montajı ile paralel olarak işin yürümesi için önceden belirli kısım teçhizat Türkiye'ye gelir ve bunun %60'ını idare ihzarat olarak öderdi. O zaman bir depo yapılır, bu malzemeler oraya konulurdu. İki tane paratoneri vardır, iki kapısında iki anahtarlı kilitler vardır, bekçi saat kurma kilitleri vardır. Bunlar burada korunur, kullanıma alındığı zaman sigortadan çıkar. İhzarattan kasıt bu, yoksa kum, çakılın ihzaratı yok ki. Zaten şimdi kum, çakıl ihzarat bedeli de ödenmiyor. Ama şimdi yeni sistemde bunların hepsinin primleri ödeniyor. Bunun da çözümlenmesi lazım. Yani bu konunun Umum Müdürlük kademesinde bir arkadaşımız güzelce değerlendirmesini yapmalı. Yorumunu

yapacak, bu yoruma göre de “Kardeşim, biz şunların sigortasını isteyebiliriz, şunları da şuradan tamam olunca çıkartırız, buna göre bir işlem yapın.” Diyerek karar vermesi lazım. Yoksa böyle sürekli yok yere prim ödemek... Zaten şimdi müteahhitliğin kârları sıkıntılı. Mesela, sigorta gideri kalemi yok.. Bunları hep öbür tarafa koyduğunuz yahut da genel masraflar ve yüklenici kârı faslından ,oradan ayırabileceksiniz, başka kısımlarda yok.

Bir de en önemlisi de moral motivasyonu yok. Bilmiyorum, biz pek acemi de değiliz, ama biz başa çıkamıyoruz, genç arkadaşlara Allah güç kuvvet versin. Kış mevsimi gelmiş, toprak dolgu yapılamıyor, kil dolgu yapılamıyor, durduruyorsunuz. İş programına göre ilerisiniz, tedbirinizi almışsınız, çalışmıyorsunuz, makineleriniz duruyor, teknik kadronuz duruyor, çalışmıyorsunuz. İdare, sürekli yazı yazıyor “Burası şu kadar sulama yapacak, şu kadar taşkından koruyacak, siz bu işi yapmıyorsunuz. Şöyle asacağız, böyle keseceğiz, 26’ncı maddeyi uygulayacağız...” Buna cevap yazıyorsunuz, cevaba, cevap yok. Bir daha aynı şekilde yazı!.. Mesela, geçenlerde Genel Müdür Yardımcısı şantiyeye geldi, baktı, her şey duruyor. “Niye çalışmıyorsunuz?”, “Çalışmıyoruz ki, çamur” Biz Türkiye’nin her tarafında baraj yaptık, Antalya’da yaptık, Ege’de yaptık, Orta Anadolu’da yaptık, Marmara’da yaptık, her yerde yaptık. Kil dolgu mayıs ayına kadar yapılmıyor ama kaya dolgunuz varsa, işte sonbaharda kili biraz yükseltiyorsunuz, kayanın dış kısımlarını dolduruyorsunuz, beton oluyor, vesaire onları çalışabiliyorsunuz. Yoksa kil dolguda çalışılmıyor. Bu iş tamamen homojen dolgu ve kil; mümkün değil. Biz çalışsak zaten idarenin “Dur arkadaş! Bu mevsimde, bu durumda kil yapılmaz.” demesi lazım. Optimum rutubet, %22 civarında, 30’un üstünde rutubet var zeminde. Yani bunları böyle sürekli moral bozmak için üç nüsha yazı yazma... Bize bir şey olmuyor da biz onları utandırıyoruz... Yani bu kadar boş bir fikir topluluğu enteresan!..

Yeni fiyat yapılıyor, yeni fiyatta da ölçü yok. Kanun çıkmış, 2012’de İş Güvenliği Yasası çıkmış, buna göre teşkilatlar kurulmuş, adamlar bürolar açmışlar, o büroların denetimindedir. Getirmiş şantiyeye adam koymuş, denetliyor sizi, levhalar asmış, “Taşıma yollarında 20 kilometreden fazla hız olmayacak.” diyor. Bunları yapmışsınız, analiz yapıyor, 40 kilometre alıyor. Ya kardeşim, bak, bu şekilde kanun hükmü var, “Biz onu dinlemeyiz.” diyor. Bu işe katkıda bulunmak için gelen

arkadaşlar var, onlar diyorlar ki “Biz karayolunda 20 kilometre hızla giden kamyon görmedik.” Karayolu başka şantiyedeki taşın yolu başka. Bu savunmalar böyle oluyor. Bunları çözemiyorsunuz. “Mahkemeye git.” diyorlar, insan utanıyor. Sonra, bir dairede oturan insan, meseleleri çözmeyp idaresi hakkında dava açılmasına gönülden razı olur mu? Burası razı. Böyle şey hiç görülmemiştir. Bu sistem böyle gidiyor.

Bir de sözleşmenin tasfiye ve feshi... Şimdi, sözleşmede tasfiye ile fesih karıştırılmış birbirine. Hâlbuki ikisi ayrı ayrı konular. Fesih, bir kusurdan dolayı idarenin yetkisini kullanarak mukaveleyi feshetmesi. Tasfiye öyle değil, elde olmayan sebeplerden dolayı... Mesela, keşif doldu, keşif artışı yeterli değil, o zaman işin tasfiyesi yapılıyor. Bunda hiçbir kimsenin bir kusuru yok, bir şey yok. Bunları ayırmamız lazım, yani ikisini ayırmamız lazım. Bu konularda zaten pek bir zorluk yok. Bütün mesele, DSI’nin biraz hareketlenip, işlere sahip çıkıp denetimi artırması vesaire, başka hiçbir şey yok. Mesela, bizim şantiyemize yapı denetim görevlisi veremediler. “Bir araba verin”, dediler. Araba da verdik, yine veremediler. Ondan sonra, “Siz çalışmıyorsunuz, siz iyi yapmıyorsunuz” denilemez... Zaten yapı denetim olsa orada yapılan işleri görecektir ve üstlerine diyecek ki “Burada şöyle iş yapılıyor, bakın burada güzel oluyor, şunlar yapılıyor...”. Orasının da haberi olacak. Yukarıya bir şey gitmeyince zannediliyor ki burada hiçbir şey yapmıyorlar, kendiliğinden baraj yükseliyor, öyle yapılıp gidiyor. Yani mesele burada.

Arkadaşlarımızın daha benzer problemleri de vardır ama bu problemlerin esas kaynağı, idaredir. Çünkü işin sahibi idaredir. Başlangıçta müteahhidini iyi seçecek. Projesini iyi yapacak, hazırlığını yapacak, işi iyi müteahhide verecek ve işi zamanında hiç yorulmadan, üzülmeyen bitirecek. Bunu yapmamışsa başkasından bir şey isteme hakkı yoktur.

Teşekkür ederim.



ŞADIYE YALÇIN

Sözleşmelerden Kaynaklanan Sorunlar-Tasfiye ve Fesih

Sayın ve çok değerli katılımcılar, öncelikle sizleri saygıyla selamlıyorum.

Sözleşme uygulamaları ve hukuki süreçleri ile ilgili bu önemli konferansa bizi davet ederek sorunların ve çözüm önerilerinin paylaşımı noktasında, bize katkı imkanı veren değerli İNTES Yönetim Kurulu üyelerine buradan teşekkür etmek isterim. Sunumumun konferansın amacına yarar ve katkı sağlamasını umuyorum.

Bana ayrılan sürede, yapım işlerinin fesih ve tasfiyeleri sonucunda mevcut mevzuat hükümleri dahilinde İdareimiz nezdinde yaşanan genel sorunlar ve çözüm önerilerini siz değerli katılımcıların bilgisine sunmaya çalışacağım. Süremin yettiği ölçüde, sözleşme uygulamalarında sıklıkla karşılaşılan ve yüklenicilerimizi de olumsuz yönde etkileyen sorunları ve bu sorunlara ışık tutabilecek önerilerimizi anlatmaya çalışacağım.

Öncelikle sözleşmelerin feshi ve tasfiye konularında hepimizin bildiği birtakım ilkeler ve kanun maddelerini hatırlatmak isterim.

Bilindiği üzere özel hukuktaki borç ilişkilerini düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yedinci Bölümü 470'inci maddesinde Eser Sözleşmesi;

"Yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır.

Buna göre, İdareimizce ihalesi yapılarak sözleşmesi imzalanan tüm işler, Borçlar Hukuku'nda "eser sözleşme" kapsamındadır.

Borçlar Kanunu'nda *Sözleşmenin sona ermesi* başlığı altında sözleşmenin tamamlanmadan sona erdirilmesi halleri;

- 1.Yaklaşık bedelin aşılması,
- 2.Eserin yok olması,
- 3.Tazminat karşılığı fesih,
- 4.İş sahibi yüzünden ifanın imkansızlaşması,
- 5.Yüklenicinin ölümü ve yeteneğini kaybetmesi, olarak tanımlanmıştır.

Kamu hukukunda fesih ve tasfiye 4735 Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu'nun 17, 18, 19, 20, 21, 23 ve 24 üncü madde hükümleri ile düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihalesi yapılan işlerde, Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre işlem yapılmaktadır.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin "Sözleşmenin Feshi ve Tasfiye Durumları" başlıklı 47'nci maddesi ile fesih ve tasfiye şartları ile uygulama esasları düzenlenmiştir.

Yüklenicinin sözleşmeyi feshedebilmesi ancak yüklenicinin mücbir sebep halleri dışında mali acz içinde bulunması durumunda gerçekleşebilmektedir.

İdarelerin ise;

- 1.Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi,
- 2.Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 4735 sayılı Kanunu'nun 25'inci (Yasak fiil ve davranışlar) Maddesinde sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi,
3. 4735 sayılı Kanun'un 21'inci maddesi gereğince yüklenicinin, ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi hallerinde, sözleşmeyi feshetmeleri Kanun ile emredilmiştir.

Sözleşmelerin feshi sonrasında uygulanması gereken işlemler, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 47'nci maddesine tanımlanmıştır. Bunlar özetle;

1. İdarede tutulan kesin ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedilmesi,
2. Gelir kaydedilen kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların alındığı tarihten fesih tarihine kadar güncelleştirilerek aradaki farkın yükleniciden tahsil edilmesi,
3. 4735 sayılı Kanun'un 26'ncı maddesi hükmüne istinaden ihalelerden yasaklama kararının alınması,
4. Sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyanın, yükleniciye, mahkeme yoluyla tazmin ettirilmesi,
5. "Durum Tespit Tutanağının" düzenlenmesi,
6. Gerekirse, işin durmaması için yüklenicinin mallarının satın alınması,
7. Kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ve ihzaratın ölçülebilir duruma getirilmesi ve hesap kesme hakedişinin düzenlenmesi.

Mevzuat hükümlerini bu şekilde özetledikten sonra, fesih sürecinde karşılaştığımız sorunlar ile ilgili deneyim ve kanaatlerimi siz değerli katılımcılar ile paylaşmak istiyorum.

İlk olarak fesih sonrasında, idarede tutulan kesin ve ek teminatların hazineye gelir kaydedilmesi sonrası idare alacağı tahsil için mahkeme yolundan başka bir yol kalmamaktadır. Sözleşmesi feshedilmiş bir firmanın mali açıdan zor durumda olduğu/olacağı dikkate alınarak mahkemede muhatap bulunamamakta ve idare sorumluluğundaki alacakların tahsil edilmesi yükümlülüğü, idare personelini hukuki açıdan zor durumda bırakmaktadır. Bu nedenle kesin teminatın idare alacakları düşüldükten sonra kalan tutarı kadar kısmının gelir kaydedileceği yönünde düzenleme yapılması gerekli görülmektedir.

Yine idare alacağı olan gecikme cezası kesintileri, feshedilen sözleşmelerde sıkça karşımıza çıkmaktadır. Genel olarak işin bitim tarihinden sonra fesih kararı alınmakta olup çıkan gecikme cezasının yüklenicinin ödeme zorluğu içinde bulunduğu da dikkate alınarak idarede tutulan teminattan karşılanabilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Burada gecikme cezalarının uygulanması ile ilgili şu noktaya da değinmek istiyorum, kesin teminatların irat kaydedilmesi konusunu fazla

bölmeden. Yargıtay 13. ve 15. Hukuk Dairelerinin verdiği kararlarda, işin süresinden çok sonra feshedilmesi neticesinde gecikme cezasının ihtarname ile yükleniciye tanınan süreyi geçemeyeceği yönünde kanaatler yer almaktadır. Bu noktada, işin feshedildiği tarihte gecikme olsa dahi kesilecek gecikme cezasının ihtarname ile tanınan süreyi geçemeyeceği yönünde bir düzenleme yapılmasının hakkaniyetli olacağını düşünmekteyiz.

Kanun bizden, ek kesin teminatların da güncellenerek aradaki farkın tahsil edilmesini istemektedir. Oysa ek kesin teminatların sözleşme yılı fiyatlarını güncelleştirmek üzere fiyat farkı tutarları karşılığı alındığı, buna göre nev'i itibariyle güncel olan tutarların fesih tarihi itibari ile yeniden güncelleştirilmesinin gerekli olmadığı düşünülmektedir. Güncellenen teminat ile irat kaydedilen teminat arasındaki farkın, ödeme zorluğu içindeki sözleşmesi feshedilen yükleniciden, tahsilini zorlaştırmaktadır.

Diğer yandan kesin ve ek kesin teminatların güncelleştirilmesi ile ilgili mevzuat hükümlerindeki çelişkiye de burada değinmek istiyorum. 4735 sayılı Kanun'un 22'nci maddesi hükmünde, fesih halinde, kesin ve ek kesin teminatların güncelleştirilmesi emredilirken yapım, danışmalık, hizmet ve mal alımı sözleşmeleri için bağlayıcı iken Hizmet İşleri Genel Şartnamesi'nde fesih işleminden sonra kesin ve ek kesin teminatların güncelleştirilmesine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca bildiğiniz üzere, söz konusu uygulama 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na dayanılarak hazırlanmış Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nde de yoktu. Bu noktada, 2886 sayılı Kanun'a göre, ihale edilen işlerin çok uzun sürelerde tamamlanabilmesi sonucunda sözleşme imzalanırken alınan teminat mektubunun ülkedeki ekonomik şartlar neticesinde değer kaybetmesi nedeniyle yeni kanun hazırlanırken güncelleştirme yapılma gereği duyulduğu açık. Ancak gelinen noktada, 4734 sayılı Kanun'a göre yapılan işlerin nispeten daha kısa sürelerde tamamlanabildiği dikkate alınarak hükmün amacına hizmet edemediğini de burada ifade etmek isterim.

Feshedilen işlerde yapılan imalatların korunması konusunda mevzuat, idarelere ikmal inşaatı sözleşmesi bağitlanana kadar all risk sigortanın devam ettirilmesi yükümlülüğünü vermektedir. Ancak 2015 Yılı 6583 sayılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu E Cetveli 34. maddesinde; "Bütçelerin diğer tertiplerinin esas giderlerine ilişkin olarak ödenen sigorta giderleri dışında devlet mallarının

sigorta edilmemesi esastır.” denilmekte olup genel ve özel bütçeli kurum ve kuruluşların sigorta bedellerinin ödenmesi ile ilgili yasal engelin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Bir diğer konu, fesih sonrası dava süreçleri ile ilgili. Sözleşmelerin feshi sonrasında yükleniciler, idare aleyhine dava açmakta olup genelde, fesih işleminin haksız olduğu ve bu anlamda yasaklama kararının durdurulması maksadıyla açılan davalarda, idarenin temerrüdü ve sözleşme ile kurulan borç ilişkisinde, idarenin üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmediği gerekçeleri talepleri ile davalar açılmaktadır.

Davalarda idarenin temerrüdü ve sözleşme ile kurulan borç ilişkisinde, idarenin üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmemesi genel olarak yer tesliminde yaşanan gecikmeler, ödenek verilmediği ve buna bağlı olarak hakediş ödemelerinin yapılamadığı, sözleşmelerin devam ettiği süreçte olduğu iddia olunan iş artışı taleplerinin idare tarafından karşılanmadığı üzerine oturtulmaktadır.

Ancak yer teslimindeki gecikmelerin ve ödenek yetersizliğinin süre uzatımı verilerek telafi edilmesi, sözleşme ve eklerinde ön görüldüğünden yükleniciler, bu noktada, sözleşmenin yürütülmesinde direngen kalmakta ve sözleşme ile kurulan borç ilişkisinde üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmemektedir. Oysa bu tutum ve davranışlar daha önce de anlatıldığı gibi kanun hükümleri doğrultusunda Sözleşmenin feshini gerekli kılmaktadır.

Yanı sıra, sözleşmelerin devam ettiği süreçte olduğu iddia olunan iş artışı taleplerinin idare tarafından tamamen veya kısmen kabul edilmemesi veya karşılanmaması, sözleşmenin tarafları olan yüklenici ve idare arasında yaşanan anlaşmazlık niteliğinde olup yüklenicilerin, bu noktada, sözleşmenin yürütülmesi noktasında direngen kalmak yerine yapması gereken sözleşmenin yürütülmesi ve haklı olduğunu düşündüğü talepleri için tip sözleşmelerin Anlaşmazlıkların Çözümü başlıklı maddesinin hükmü doğrultusunda hukuki çözümlere başvurması gerekmektedir.

Bu noktada asıl olanın sözleşmenin, sözleşme ve eki hükümlere göre yürütülmesi ve sözleşmeler ile yapılan işler sonucunda kamu hizmetlerinin aksatılmadan projelerin bir an önce faydaya dönüştürülmesi olup yüklenicilerin sözleşmenin ifası noktasında, direngen kalarak fesih işlemlerine mahal vermeyecek şekilde işe devam etmesi gerekmektedir.

Yine fesih ve tasfiye sonrasındaki süreçte gerek idare alacaklarının gerekse yüklenici alacaklarının tespiti için kesin hesap ve kesin hakediş işlemlerinin ilgili mevzuatta tarif edilen süreler içerisinde tamamlanması gerekmektedir.

Anahtar teslimi götürü bedel işlere ait sözleşmelerin feshi sonrasında yapılacak kesin hesap ve hesap kesme hakedişinin ne şekilde hazırlanacağına dair detaylı bir düzenleme yer almamakta olup porsantaj cetvellerinde verilen oranlar esas alınarak kesin hakediş raporları oluşturulmaktadır.

Ancak malumunuz olduğu üzere, porsantaj cetvelinde yer alan oranlar, yapılan imalatlar karşılığında ara hakedişlerde yaklaşık bir ödeme yapabilmek amacıyla düzenlenmiş olup söz konusu oranların kesin hakediş raporunda esas alınması uygun değildir.

Bu anlamda anahtar teslimi götürü bedel işlere ait sözleşmelerin feshi sonrasında kesin hesap ve kesin hakedişler hazırlanırken; Yüksek Fen Kurulu'nun 08/02/2008 tarihli ve 170 sayılı Kararı'nda verilen usul ve esaslar dahilinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi başlıklı 40'inci maddesinde detay düzenlemelere yer verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

Sözleşmelerin feshinden sonra, sözleşmenin idare tarafından feshedildiği dikkate alınarak; sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zararın da yargı yoluyla alınması mevzuat hükmünde yer almakla birlikte uygulamada yargı kararlarının bu yönde oluşmadığı görülmektedir.

Sözleşmelerin tasfiye edilmesi

Değerli katılımcılar, sunumum bu noktada **sözleşmelerin tasfiye edilmesi** ile ilgili birkaç konuya da değinmek istiyorum.

Bilindiği üzere, 4735 sayılı Kanun'da sözleşmelerin tasfiyesinin yasal artış sınırı üzerinde, iş artışının olduğu durumlar için uygulanabileceği belirtilmiştir.

Ayrıca 4735 sayılı Kanun'un 17'nci ve 18'inci maddelerinde açıklanan yüklenicinin ölümü durumunda ve Kanun'da belirtilen mücbir sebep hallerinin meydana gelmesi durumunda da hesabın tasfiyesi söz konusu olabilmektedir.

Bu anlamda, yüklenicinin, sözleşme ve Kanun hükümleri çeşitli ekonomik gerekçeler öne sürerek idareden sözleşmenin tasfiye edilmesi talebi sözleşme hükümleri dahilinde gerçekleştirilememektedir.

Kanun hükmünde, işte meydana gelen artışın yasal artış sınırı üzerinde olduğu ve bu şartlar altında tamamlanamayacağına anlaşılması durumunda artış yapılmaksızın hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceği belirtilmiş ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Tasfiye kararı alınması ve bu kararda Kanun'un amir hükmü çerçevesinde sözleşme bedelinin %100'üne kadar yükleniciye yaptırılacak işlerin mütemmim cüzleri dikkate alınarak belirlenmesi, mütemmim cüzleri ile birlikte imalatın tamamlanması ve işin sözleşme bedelinin %100 seviyesine getirilmesi kapsamında, özellikle altyapı işlerinde yüzde yüz seviyesinin sağlanmasında zorluklar yaşanmakta olup hangi imalatların (baraj inşaatında dolgunun mu, enjeksiyonun mu, palyeli kazının mı, dervasyon tünelinin mi vb.) yaptırılacağı noktasında, idare nezdinde tereddütler oluşmaktadır.

Genellikle imalat seviyeleri %98 ile %102 arasında yer almakta olup bu hali ile %100'ün üzerinde kanunen bedel ödenmesi mümkün olmamakta %98 seviyesinde ise sözleşme hükmünde tarif edilen yüzde yüz şartı gerçekleştirilememektedir. Bu anlamda, özellikle altyapı işlerinde ilave düzenleme yapılması ihtiyacı doğmaktadır.

Tasfiye konusunda DSİ Genelgesi

Tasfiye konusunda son olarak Genel Müdürlüğümüzün Genelgesinden bahsetmek isterim.

26/04/2017 tarihli, "iş artışı" sebebiyle tasfiye işlemleri konu ve 2017/10 sayılı Genelgesi uyarınca; yatırımların gecikmeksizin faydaya dönüştürülmesini sağlamak açısından, bir "iş"te, herhangi bir zamanda, "iş artışı"nın olması ve bu artışın sözleşmesinde izin verilen üst sınırları geçeceğinin tespit edilmesi halinde; olur hazırlanarak tasfiye kararı alınması, bu kararda Kanun'un amir hükmü çerçevesinde sözleşme bedelinin %100'üne kadar yükleniciye yaptırılacak işlerin mütemmim cüzleri dikkate alınarak belirlenmesi, yüklenici ile tasfiye hususlarına ilişkin protokolün imzalanması, sonrasında mevcut sözleşme hükümleri aynen uygulanmak suretiyle mütemmim cüzleri ile birlikte imalatın tamamlanması ve işin sözleşme bedelinin %100 seviyesine getirilmesi, yüklenicinin kabul talebinde bulunması ve devamında denetim teşkilatınca ön inceleme raporunun oluşturulması

ve kabule uygun görülmesinden sonra yeni bir olur hazırlanarak tasfiye onayı alınması, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayıldığından bu "olur'un" tensip paragrafında, "Tasfiye Onay tarihi ... olmak üzere tasfiye edilmiştir." ifadesi kullanılarak yüklenicinin işi tamamladığı tarihin belirlenmesi, Tasfiye Protokolünün imzalanmasından sonra geriye kalan işler için yatırımın gecikmeden ve ilk sözleşme kapsamında, devam eden işlerle eşzamanlı bitirerek hizmete alacak şekilde ivedilikle yeni ihale hazırlıklarına başlanması hususları ile gerekli düzenlemeler yapılmıştır.

Sözleşme uygulamalarında yaşanan sorunlar

Sözleşme uygulamalarında yaşanan sorunlara da çok kısa olarak belli başlıklar altında değinmek istiyorum.

Yeni fiyat konusunda;

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde yürütülen işlerde yeni fiyatların tespiti, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin, "Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti" başlıklı 22.'inci maddesi çerçevesinde yapılmakta olup «... (4) Yeni fiyat yüklenici ile birlikte yukarıda belirtilen usullerden biri ile tespit edilerek düzenlenen tutanak idarenin onayına sunulur ve otuz gün zarfında idarece onaylanarak geçerli olur. Yeni fiyat tespitinde yüklenici ile uyuşmazlık ise taraflarca anlaşmazlık tutanağı düzenlenir ve anlaşmazlık idare tarafından on gün içerisinde Bayındırlık Kuruluna intikal ettirilir. Bayındırlık Kurulu tarafından tespit edilen fiyatın, iki tarafça, kabulü zorunludur. Yüklenici, fiyat uyuşmazlığı hakkındaki Bayındırlık Kurulunun kararını beklemeden idare tarafından tespit edilmiş fiyat üzerinden işe devam etmek zorundadır...» hükmünde görüleceği üzere, madde hükmünde, "yüklenici ile birlikte tespit edilen" ibaresi yer almakta olup madde, **yeni fiyat tespitlerinde yüklenici ile idarenin anlaşması esasına göre düzenlenmiştir.** Bu durum, farklı işlerde, farklı yüklenicilere aynı imalata farklı fiyatlar yapılması sonucunu doğurabilmektedir. İlgili madde de net olarak belirleyici bir unsurun olmaması nedeniyle de bu durumun önüne geçilmesinde zorluklar yaşanmaktadır. Bu nedenle söz konusu maddeye daha net ve belirleyici unsurların eklenmesi suretiyle açıklık getirilmesi, kamu yararına olup idarelerin Sayıştay Başkanlığı ve diğer kurumlar bazında yaşayabileceği sorunların da önüne geçeceği düşünülmektedir.

Alt yüklenicilerin çalıştırılması

Bir diğer konu, alt yüklenicilerin çalıştırılmasıdır. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde alt yüklenici, "Sözleşme konusu işin nev'i itibariyle bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmakla birlikte, " alt yüklenicilerin çalıştırılması ve sorumlulukları" başlıklı 20'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında, "İşin tamamı hiçbir suretle alt yükleniciler marifetiyle yaptırılamaz." hükmünden yola çıkılarak İşin %99,99'unun tek bir alt yükleniciye verilmesi önünde engel olmadığı, sözleşmede ek hüküm olmadığı hallerde nev'i itibariyle sözleşme konusu işte, sadece uzmanlık gerektiren imalatlar için alt yüklenici çalıştırılmasına ilişkin mevzuat boşluğu olduğu düşünülmektedir.

Bahse konu boşluk, alt yüklenicilik müessesesinin fiiliyatta sözleşme devrine hizmet eder hale getirmektedir. Bu itibarla; alt yüklenici kabul/ret kriterlerinin, uzmanlık şartı da göz önünde bulundurularak daha açık bir hale getirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Kesin ve ek kesin teminat

Bankalarca verilen kesin teminat mektuplarının idare lehine olacak şekilde düzenlenmesi, idarelere kolaylık sağlaması amacıyla teminat mektuplarının süresiz olması, bankaların idare izni olmaksızın mektupları iptal etmesinin önüne geçilmesi hususlarında, ilgili düzenlemelerin yapılması gerektiği düşünülmektedir.

All Risk Sigorta Poliçesi

Poliçe kapsamındaki muafiyet oranlarına mevzuatta sınırlamalar getirilmekle birlikte uygulamada muafiyet oranlarının %2'yi ve koasürans oranlarının %20'yi aştığı görülmektedir. Bu şartları sağlayan sigortaların temininde zorluklar yaşanmaktadır.

Ayrıca dere ıslahı, taşkın koruma vb. doğa olaylarının etkili olduğu işlerde genel olarak all risk sigorta düzenlenmesinde zorluklar yaşanmakta ancak malumunuz olduğu üzere, sigortanın işin başından sonuna kadar geçerli olması gerekmekte olup bu kapsamda, daha uygulanabilir yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Alacağın temliki

Yapım işlerinde, temlik uygulamasının nasıl yapılacağına ve kabul şartlarına ilişkin bir düzenleme yapılmadığından, kimlerin temlik

alacaklısı olarak kabul edilebileceği ve hangi tutara kadar temlike izin verileceği hususlarında tereddütler yaşanmaktadır.

Bu itibarla; temlik alacaklılarında ve temliknamelerde aranacak özelliklere ilişkin düzenleme yapılması gerekli görülmektedir

Yapım işlerinde devir yapılması

Devir işleminin koşullarının hangi şartlarda oluşacağına ilişkin mevzuatta net bir düzenleme bulunmadığından bu hususta da tereddüt yaşanmaktadır.

Ayrıca devir alacaklısının, "ilk ihaledeki koşulların sağlanması" şartının ihale tarihi itibarı ile mi yoksa devir tarihi itibarı ile mi aranması gerektiği ve 10'uncu madde belgelerinin devir işlemi sırasında bu kapsamda aranıp aranmayacağı hususunda bir boşluk bulunmaktadır.

Değerli katılımcılar, beni dinlediğiniz için teşekkür eder, konferansın amacına ulaşmasını temenni ederim.

Av. Ali Rıza Yücel

%5 kesintinin kaldırılması yönündeki temennisine de katılıyoruz, kesin hesabı yapıncaya kadar. Buradaki amaç şu: Kesin hesabın bir an önce bitirilmesi. Dolayısıyla peyderpey yapılırca da ona isabet eden kısmının ödenmesi gerekir. Ama idareler öyle yapmıyor galiba, işin sonuna bekliyorlar, kesin hesabı. Uygulama da yanlış oluyor tabii, bu bir.

İkinci hadise, siz gayet güzel söylediniz, dediniz ki, "Biz feshediyoruz, onlar mahkemeye gidiyorlar, mahkemeler uzuyor." Çok haklısınız ama kısa yollarımız var, işte tahkim var, tahkime gidin. Biraz sonra zaten Ziya Hocam, tahkimden bahsedecek. Yerli tahkimimiz de var, İstanbul Tahkim Merkezi. Kısa sürede halledin. Engel olan bir durum yok, bu işe.

Bir diğer husus, tasfiye ve fesih anlatılırken tarafların Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılıklı anlaşmasıyla işin tasfiyesi durumuna değinilmedi. Bu, tabii Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde yer almaktaydı ama Yapım İşleri Genel Şartnamesinde böyle bir hüküm yok. Böyle bir hükmün olmaması, aslında kişisel olarak doğru bir karar olduğunu düşünüyorum çünkü sakıncası görülmeseydi Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ne de konulabilirdi. Demin siz söylediniz, dediniz ya, "Adam hafriyatı yapıyor, iş bitiyor veya iş tasfiye ediliyor, feshediliyor. O zaman idareler de çok zor durumda kalıyorlar. Dolayısıyla bu yola

gidilmemesi lazım.” Ama tabii Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri çerçevesinde nasıl ki sözleşme özgürlüğü varsa, kurulması özgürlüğü varsa, feshedilme özgürlüğü var ama gidilmemesi gereken bir yol. Zaten fesihle ilgili diğer kısımları gayet detaylı anlattınız.

Sırada Karayolları Yol Yapım Dairesi Başkanı Ali Rıza Kıran Bey var.

Ali Rıza Bey, 1986 Fırat Üniversitesi mezunu. 1987 yılında Karayollarında göreve başladı, 1997’den 1980 yılına kadar Karayolları Genel Müdürlüğünde görev aldı. 1991-2007 yılları arasında 9. Bölge Diyarbakır. Bu arada yaptıkları görevler: Yol yapım şantiye şefi, yol yapım kontrol şefi, yol yapım arazi mühendisi, yol yapım başmühendisliği görevlerini yürüttü. 2007-2017 yılları arasında Yol Yapım Teknik Şefi, Yol Yapım Şube Müdürü, 2010 tarihinden itibaren de Yol Yapım Dairesi Başkanı olarak görev yapmaktadır. Halen bu görevi sürdürmektedir. İşte size, hani derler ya, çekirdekten yetişip merdivenin birinci basamağından sonunca basamağına gelen güzel bir örnek. Ali Rıza Bey de süre uzatımı ve ödenek aktarımı konusunu ele alacak. Buyurun Ali Rıza Bey.



ALİ RIZA KIRAN

Süre Uzatımı, Ödenek Aktarımı

54. Çözüm Arama Konferansı'nı düzenleyen İNTES Yönetim Kuruluna, şahsım ve kurumum adına teşekkür ediyorum. Faydalı olduğunu düşünüyorum. Sabahki oturumda ve şu anki oturumda da çok faydalandığımız bilgiler oldu. Bu bilgileri sunan arkadaşlara da ayrıca teşekkür etmek istiyorum. Ahmet Hocam, zaten her iki kurumu hem idare tarafından ve hem de yüklenici tarafından dolu dolu birçok konuya dikkat çekmiş oldu.

Hepimizin amacı sağlıklı projeler yönetmek, sağlıklı projeleri yürütmek. Bu bağlamda, süre uzatımı, fiyat farkları ve ödenek aktarmasıyla ilgili konuda kısaca sizleri aydınlatmaya çalışacağım.

01.01.1984 tarihinden itibaren yürürlükte olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap verememesi nedeniyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hazırlanmış ve bu kanunlar, 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile ihalelerde; saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik,

kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması amaçlanmıştır.

Açık ihale usulü (19.Madde) ve belli istekliler arasında ihale usulü (20.Madde), temel ihale usulleri olarak belirlenmiştir.

Kanun'un özüne ve felsefesine baktığımızda, ideal bir Kanun oldu gibi yorumlayabiliriz. Fakat uygulamada, özellikle altyapı ihtiyaçlarında birçok eksikliğin olduğu görülüyor. Bu sorunları Kamu İhale Kurumu ile paylaştık ve birçok konuda gelişme kaydettik. Aslında planlama ve tasarım projeleri için yeteri kadar zaman ayırabilsek belki de şu an konuştuğumuz birçok sorunu burada konuşmayacağız diye düşünüyorum.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na genel bir bakış yapalım.

Yapım işlerinde kamulaştırma/mülkiyet/ imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılmaması, uygulama projesi bulunan yapım işlerinde, anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale yapılması esas alınmıştır. *(İstisna-1 ▪ Ancak, doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde ön veya kesin proje üzerinden, her türlü onarım işleri ile işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerekmesi veya uygulamada imar ve güzergâh değişikliklerinin muhtemel olması nedenleriyle ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan, bina işleri hariç, yapım işlerinde ise kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir. İstisna-2 ▪ Baraj ve büyük sulama, içme suyu isale hattı, enerji nakil hattı, trafo, trafo merkezleri, şalt tesisleri, kaptajlar, su depoları, karayolu, liman ve havaalanı, demiryolu, petrol ve doğal gaz boru hattı projelerinde kamulaştırma şartı aranmaz.)*

Bu işlerin uygulama projesi yapılabilen kısımlar için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlarda ise birim fiyat teklif usulüyle ihale yapılabileceği; ayrıca ödeneği bulunmayan işler için ihaleye çıkılamayacağı (işin yatırım programında yer alması) hükme bağlanmıştır.

Burada amaç, planlanan süre içerisinde işlerin ihale edilmesi ve o planlanan süre içerisinde de tamamen bitirilip ekonomiye kazandırılmasıdır.

2886'dan kısaca bahsetmek istiyorum.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre, ihale eden işlere ait sözleşmenin, Süre Uzatımı Verilebilecek Haller ve Şartları başlıklı 20. maddesinde belirlenmiştir. Süre uzatımı verilebilmesi için;

- a. Müteahhidin bir kusurunun bulunmaması,
- b. Mücbir sebebin iş üzerinde gecikmeye müessir olması,
- c. Mahiyetine göre bu sebepleri müteahhidin ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması,
- d. İdarenin sebep olduğu haller dışında, mücbir sebebin meydana gelmesinden itibaren 10 gün içinde müteahhidin idareye yazılı olarak haber vermek suretiyle yetkili makamlar tarafından usulüne göre tanzim edilmiş belgelerle mücbir sebebin vukuunu ispat etmesi gerekmektedir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre bu şekilde müteahhit, kuruma yazılı bir müracaatta bulunuyor ve idare de bu konudaki kendi değerlendirmesini yaparak süre uzatımı veriyordu.

Aynı şekilde, 2886 sayılı Kanun'un süre uzatımı verilebilecek hâller başlığı altında;

20.1. İdarenin sebebiyet verdiği haller:

- a. İlave iş yaptırılması,
- b. İdarece iş yerinin veya projelerinin zamanında teslim edilmemesi,
- c. İdarece sebebiyet verilen diğer gecikmeler.

20.2. Olağanüstü tabiat hadiselerinden veya hasar neticesinde işte bir gerileme ve gecikme olması:

- a. Taahhüt edilen işin hepsinde veya bir kısmında çalışmalara imkan vermeyen sel, feyezan, fırtına, deprem, vesaire tabiat hadiselerinin meydana gelmesi,
- b. Sel, feyezan, heyelan, yangın, infilak ve benzeri olağanüstü hadiselerin inşaat, ihzarat, makine ve teçhizat ve servis yollarında yapacağı hasarların giderilmesi için ek süreye ihtiyaç hasil olması.

20.3. Sosyal sebepler dolayısıyla vaki haller:

- a. Kanuni grev vukuu bulması,
- b. Bulaşıcı hastalıklar vukuu bulması,
- c. Kısmi veya genel seferberlik ilan edilmesi.

20.4. Diğer haller:

- a. İşin nev'i ve özelliğine göre; şantiye defterinde belirtilmek, karşılıklı imzalanmış olmak şartıyla her türlü yağış, nem, sis, ısı derecesi, rüzgar vb. olağan tabiat olaylarının çalışma yapmayı engellemesi,
- b. Demir, çimento, akaryakıt, patlayıcı madde ve buna benzer malzemelerin müteahhidin kusuru dışındaki sebepler yüzünden temininde gecikmeler olması,

hallerinde idare tarafından süre uzatımı veriliyor.

4734 sayılı İhale Kanunu'na göre, ihale eden işlere ait sözleşmenin, "Süre Uzatımı Verilebilecek Haller ve Şartları" başlıklı 18. maddesinde, "Süre uzatımı ile ilgili hususlarda Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümleri uygulanır." denilmekte olup Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin "İşin Süresi ve Sürenin Uzatılması" başlıklı 29. maddesi ile 4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesine göre;

1. İşin, sözleşmesinde belirlenen zamanda tamamlanıp geçici kabule hazır hale getirilmemesi durumunda, gecikilen her gün için sözleşmesinde öngörülen günlük gecikme cezası uygulanır.

2. Mücbir sebepler nedeniyle süre uzatımı verilebilecek haller aşağıda sayılmıştır:

- a. Doğal afetler.
- b. Kanuni grev.
- c. Genel salgın hastalık.
- ç. Kısmi veya genel seferberlik ilanı.
- d. Gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.

3. İkinci 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.

4. İdarenin, sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerini yüklenicinin kusuru olmaksızın yerine getirmemesi (yer teslimi, projelerin onaylanması, iş programının onaylanması, ödenek yetersizliği gibi) ve bu sebeple 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.

Yükleniciye ait olmayan sorumluluklar nedeniyle yüklenici için ayrıca bir dilekçe vermesine gerek yoktur. İdare zaten burada gerekli olan süre uzatımını değerlendirip verebilir.

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

Burada da "İş artışı" denilmektedir. 2886 sayılı Kanun'da ise "Keşif artışı" olarak ifade edilmiştir.

6. Mücbir sebepler 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.

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

8. 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.

9. İşin tamamlanması için sözleşmesinde tespit edilen tarih veya süre haricinde başkaca kayıt bulunmayan işlerde, havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmayan devresi ile resmi tatil günleri göz önünde tutularak iş bitim tarihi veya süresi belirlenmiş sayılacağından, yüklenici, çalışmadığı bu gibi günleri öne sürerek süre uzatılması isteğinde bulunamaz. Ancak süre uzatımlarında, yapılacak işin özelliğine göre çalışılmayacak günler de dikkate alınarak verilecek süre belirlenir.

Süre uzatımına bir örnek:

Eğer uygulama yılı için sözleşmede belirtilen ödenek, idarece karşılanamamış ise bu durum, "İdarenin Sebebiyet Verdiği Haller" kapsamında değerlendirilecektir. Çalışılmayan dönemi 1 Aralık –

1 Nisan olan bir işe göre verilecek ek süre hesabı;
Teklif bedeli/işin toplam süresi = 1 günde yapılması gereken iş miktarı

2016 yılı ödenek dilimi: 50 000 000 TL

2016 yılında verilen ödenek:30 000 000 TL

Karşılanamayan ödenek: 20 000 000 TL

Verilmesi gereken Süre: 20 000 000 TL/ '1 günde yapılması gereken iş miktarı olarak hesaplanacaktır.

Süre uzatımı hesabı yapıldıktan sonra, kullanılmayan ödenek, gelecek yıllara aktarılır. Buna göre, önceki yıllarda sözleşme fiyatları ile fiilen yapılan iş tutarları ilgili yılın ödenek dilimi olarak tespit edilir; sözleşme fiyatları ile kalan iş tutarı ise kalan süreye eşit dağıtılmak suretiyle ödenek aktarımı yapılarak gelecek yılların ödenek dağılımı belirlenir.

Fiyat Farkı Hesabında; yapım işi ihalelerinde fiyat farkı uygulanabilmesi için söz konusu işlerin ihalelerine ilişkin idari şartname ve sözleşmesinde, hangi esaslara göre fiyat farkı hesaplanacağı belirtilmiş olması gerekir. Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde, sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre, ihale edilen işlerde, imalat bünyesine giren demir, çimento, bitüm, patlayıcı madde, ön germe çeliği vs. malzemeler için; malzemenin sene başı fiyatı ile imalatın yapıldığı dönemdeki fiyatının farklı olması (+ veya -) durumunda, malzemeye ait faturalardaki fiyatlar ile kurumların yayınladığı güncel fiyatlar karşılaştırılarak düşük olanı güncel fiyat kabul edilmek suretiyle bu fiyat ile sene başı fiyatı arasındaki fark, malzeme fiyat farkı (MFF) olarak hesaplanır.

Sözleşmede belirlenen akaryakıt emsal katsayıları ve nakliye mesafelerine göre hesaplanan akaryakıt miktarı için sene başı fiyatı ile imalatın yapıldığı dönemdeki fiyat arasındaki fark, malzeme fiyat farkı (MFF) olarak hesaplanır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, yapım işlerinde fiyat farkı hesaplama usul ve şartları da değişmiştir. 2002/5039 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 'Yapım İşleri Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar' belirlenmiştir.

Gelişen süreçte, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda birtakım değişikliklerin yapılmasıyla birlikte fiyat farkı hesaplamalarıyla ilgili olarak da çalışmalar yapılmış; 27.06.2013 tarih ve 5217 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla 2002/5039 sayılı Kararname yürürlükten kalkmış; 29.11.2013 tarihi

itibariyle de 2013/5217 sayılı Kararname yürürlüğe girmiştir. Ancak sözleşme ve şartnamelerdeki hükümler gereğince 2002/5039 sayılı Kararnameye göre, ihale edilmiş işlerde eski kararname kullanılmaya devam etmektedir.

Yine gelişen süreçte, TÜİK tarafından fiyat farkı hesabında kullanılan endekslerin değiştirilmesi nedeniyle 01.01.2014 tarihine kadar yapılan imalatlara ilişkin fiyat farkı hesaplamalarında ÜFE/TEFE endekslerinin kullanılması, belirtilen tarihten sonra yapılan imalatlara ilişkin fiyat farkı hesaplarında ise Yİ-ÜFE endekslerinin kullanılması gerekmektedir.

Fiyat farkının nasıl hesaplanacağıyla ilgili formülümüz sözleşmemizin 5. maddesinde yer almaktadır. Burada katsayıların açıklaması da yer almaktadır.

MADDE 5- (1) Türk parası cinsinden sözleşmeye bağlanan yapım işlerine ilişkin fiyat farkı, aşağıdaki formüle göre hesaplanır:

$$F = A_n \times B \times (P_n - 1)$$

$$\bullet F = A_n \times B \times (P_n - 1)$$

İn Çn Dn Yn Kn Gn Mn

$$P_n = [a \text{ --- } + b_1 \text{ --- } + b_2 \text{ --- } + b_3 \text{ --- } + b_4 \text{ --- } + b_5 \text{ --- } + c \text{ --- }]$$

İ0 Ç0 D0 Y0 K0 G0 M0

Fiyat Farkı Hesabında Kullanılan Katsayılar

a: İşçilik,
b1: Metalik olmayan mineral ürünleri,
b2: Demir ve çelik ürünleri,
b3: Katı ve sıvı yakıtlar,
b4: Ağaç ve mantar ürünleri,
b5: Diğer malzemeler,
c: Makine ve ekipmana ait amortisman,
An: Uygulama ayında gerçekleşen iş kalemi tutarı,
B: 0,9 katsayısını,
Pn: Fiyat farkı hesabında kullanılan güncel endekste, temel endeksin oranının katsayılarla çarpımı sonucu elde edilen fiyat farkı katsayısıdır.

İ0, İn: İşçilik temel ve güncel indeksi,
Ç0, Çn: Metalik olmayan mineral ürünleri temel ve güncel indeksi,
D0, Dn: Demir ve çelik ürünleri temel ve güncel indeksi,
Y0, Yn: Katı ve sıvı yakıtlar temel ve güncel indeksi,
K0, Kn: Ağaç ve mantar ürünleri temel ve güncel indeksi,
G0, Gn: Diğer malzemeler temel ve güncel indeksi,
M0, Mn: Makine ve ekipmana ait amortisman temel ve güncel indeksi

Güncel endeksin, temel indekse oranının katsayılarla çarpılması sonucu $P_n = 1,25063$ olarak hesaplanmıştır.

$$A_n = 100.000 \text{ TL.}$$

$$P_n = 1,25063$$

$$B = 0,90$$

Müteahhide ödenecek olan fiyat farkı;

$$F = 100.000 \times 0,90 \times (1,25063 - 1) = 22.556,70 \text{ TL.'dir.}$$

Yüklenici firmalarımızın buradaki itiraz konusu, katsayıların hesaplamasında her kurumun kendine göre sabit katsayılarla ihaleye çıkması, bunların ihaleden sonra da değiştiremediği için de bir mağduriyet yaşanıldığı yönündedir.

Biz, Kurum olarak birçok işin alt analizlerine bağlı olarak bu katsayıları tespit ettik ve bu katsayıları tespit ettikten sonra da ağırlıklı ortalamaya göre de yeniden bir ortalama katsayı ile sabit olarak belirledik. Yani burada bir mağduriyet söz konusu değil, belki de birçok işimizde de işin yapım tarafında bulunan yüklenici lehine bir durum da söz konusudur.

Yürürlükte olan 2013 /5217 sayılı Kararnameye göre;

Sözleşme imzalandıktan sonra fiyat farkı esas ve usulleri değiştirilemez. Sözleşmeden sonra yapılan işler, onaylı iş programına uygun olmalıdır. Zaten fiyat farkının temeli, aslında iş programıdır.

Fiyat farkında, temel endeks ve güncel endeks ile "a, b1, b2, b3, b4, b5 ve c" için belirlenmiş katsayılar kullanılmalıdır. Temel endeks, ihale tarihindeki endeksi ifade eder. Uygulama ayı, iş programına uygun işlerin gerçekleştirildiği aydır.

Güncel endeks, uygulama ayına ait endekstir. Hakedişlerin uygulama ayını takip eden ayın ilk 5 gününde düzenlenmesi önerilir.

Uygulama ayı endeksi açıklanmamış ise fiyat farkı hesabı, bir önceki endekse göre yapılmalıdır. Endeks açıklandıktan sonra düzeltilmelidir.

Sözleşme süresi bitmiş/idarenin izni ile cezalı çalışılan süre bitim tarihinde uygulanmakta olan (Pn) değeri ile cezalı çalışılan süredeki (Pn) değerinden düşük olanı esas alınır.

İş programına uygun yapılmayan işlerde, iş programına göre gerçekleştirilmesi gereken ayın endeksi ile işin fiilen gerçekleştirildiği ayın endeksinden düşük olanı esas alınır.

Fiyat Farkı Hesabında Kullanılan Formüller:

ÖRNEK :

Aralık 2014 tarihinde yapılan bir ihalenin Kasım 2016 tarihine ilişkin 100.000 TL. tutarındaki Sanat Yapıları imalatına ilişkin fiyat farkı hesabı;

v	a	b1	b2	b4	b4	b5	C
	0,2	0,2	0,15	0,2	0,15	-	0,1
Temel Endeks	204,29	202,38	276,48	415,22	172,41	201,2	179,07
Güncel Endeks	287,81	271,01	344,91	376,15	223,51	266,16	247,62

Havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmadığı dönemde, idarenin izniyle yüklenici tarafından teknik şartlar yerine getirilerek işe devam edilmiş veya iş programında öngörülenden daha fazla imalat yapılmış ise imalatın fiilen yapıldığı ayı esas alarak, bu dönemde gerçekleştirilen işler için fiyat farkı hesaplanır.

Süre uzatımı verilen işlerde fiyat farkı, revize iş programına uygun olarak hesaplanır. İş programına göre ileride olan işlerde fiili durum endeksi uygulanır. Fiyat farkı, sözleşme bedeline eklenemez.

Av. Ali Rıza Yücel

Şimdi sırada, Profesör Doktor Ziya Akıncı Bey var. Ziya Hocamın özgeçmişini anlatmaya gerek yok, neden gerek yok? Çünkü Ziya Hocamı tanımayan yok. Görevlerinden bir tanesi de ve çok önemli bir görev, İstanbul Tahkim Merkezi Başkanı.

Buyurun Sayın Hocam.



PROF. DR. ZİYA AKINCI

Fesih ve Sonrası Hukuki Sorunlar

Öncelikle nazik davetleri için İNTES ve Kamu İhale Kurumuna çok teşekkür ediyorum.

4734 sayılı Kanun'u konuşuyoruz, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu. Herhâlde bu Kanun'la ilgili en önemli iki aktör, İNTES ve Kamu İhale Kurumu. Bundan daha doğru iki isim olamazdı, böyle bir konferansı düzenlemek için. Onun için hem teşekkür hem de tebriklerimi ifade etmek istiyorum.

Bir başka teşekkür ve tebrik de katılımcılara. Çünkü bu konferans İstanbul'da olsaydı herhâlde salonda kimse kalmazdı bu saatte. "Eyyah köprü trafiği şimdi artıyor, bir an önce gidelim." diye birçok kişi salonu terk etmek zorunda kalırdı. Ama Ankara'daki her toplantıda, katılımcıların disiplini ve nezaketinden son derece etkileniyorum.

Tabii, bir başka husus da benden önceki konuşmacı Şadiye Hanım'ın yine fesih konusunu son derece veciz bir şekilde ifade etmiş olmasıdır. Bu konuda hem şanslıyım, söyleyecek çok az şey kaldı hem de şanssızım, bakalım ne bulacağım söyleyecek. Onun için sondan ikinci konuşmacı olarak sabrınızı rica ediyorum.

Evvela, 4735 sayılı Kanun'dan bahsediyoruz ve benim konum, fesihle alakalı. Sabah, 4735 sayılı Kanun'la ilgili temel prensiplerden bahsedilirken bilhassa 4. maddeye referans yapıldı. 4. maddenin üçüncü fıkrası, aslında önemli bir hüküm içeriyor, diyor ki: "Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir." Burada bize verilen mesaj nedir? Artık ihale prosedürü bitti, özel hukuk boyundayız ve bir özel hukuk ilişkisinde taraflardan biri kamu dahi olsa, bir borç ilişkisinde her iki tarafa sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit davranılması gerekiyor. Bu, önemli bir mesajdır. Ama doğruyu söylemek gerekirse bundan daha önemlisi, kuşkusuz sözleşme metninin kendisidir. Çünkü Borçlar Hukukunda prensip olarak irade muhtariyeti var ve taraflar istediği sözleşmeyi yapabiliyorlar. Peki, taahhüt işlerinde aynı şeyi söylemek mümkün mü? İhale şartnamesini siz teklif vermek istiyorsanız ve veriyorsanız, istemiyorsanız zaten bir şansınız yok. "Bir dakika, ben teklif vereceğim ama şimdi sözleşmeyi baştan düzenleyelim." demek gibi bir lüksünüz yok. Dolayısıyla bütün gelişmiş ülkelerde olduğu ve uluslararası standart sözleşmelerde olduğu gibi 4735 sayılı Kanun'un da temel prensiplerinden bir tanesi, her iki tarafın haklarını ve borçlarını dengeli bir şekilde düzenlemek olmalıdır. Çünkü bir taraftan sözleşme hükümleri eşit uygulanacak diyoruz ama sözleşme hükümlerini yapan kim? İdare. Dolayısıyla idare, kendisinin çözüm ortağı olan müteahhidin haklarını da 4735 sayılı Kanun'da ve yönetmelikteki tip sözleşmede korumak durumunda. O sebeple bu konferans bilhassa önemli çünkü bu Konferans'ın organizatörlerinden bir tanesi İNTES, diğeri Kamu İhale Kurumu. Ümit ediyorum biz böyle birlik ve beraberlik içinde oldukça her sektörde olduğu gibi bu sektörde de işlerin bereketi artacak ve sorunlar inşallah çözülecek. Ama 4. maddenin vermesi gereken mesaj, "Ben sözleşmeyi istediğim gibi düzenleme hakkına sahibim, öyleyse tek taraflı düzenleyeyim." değil, tam tersine, "Ben bu sektörü nasıl daha iyi geliştirim." olmalıdır.

Aynı şekilde 4735 sayılı Kanun'un 36. maddesine baktığımız zaman, benzer bir mesajı görüyoruz. Ne diyor? "Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde Borçlar Kanunu uygulanır." Yani hakikaten Kanun koyucunun da murat ettiği, burada bir özel hukuk ilişkisinin var olmasıdır. O sebeple hakların ve borçların dengeli olması lazım. Bilhassa sözleşmeyi düzenleyen tarafın idare yani kamu olduğu düşünüldüğünde, her iki tarafın

haklarının da dengeli olması gerekir. Aksi takdirde bunun iki tane sonucu olabilir. Gerçekçi sonucu, yüklenicilerin bu riski maliyetlerine eklemeleridir. Dolayısıyla gerçek bir fiyatlamada işlerin fiyatı çok yüksek olur. Ya da çok acımasız bir rekabet varsa ki Türkiye’de belki şu anda, son zamanlarda olan bu, yükleniciler bu riskleri, “Belki de bir şey olmaz.” şeklinde dikkate almadan teklif vermek durumunda kalırlar. Bu takdirde ne olur? Birçok ihtilafta, birçok uyuşmazlıkta yükleniciler çok zor durumda kalırlar, işi bitiremezler ve nihayetinde ya yeni birim fiyatların yapılmasında, iş artışında vesaire olduğu gibi kendilerine gerçekçi olmayan ücret artışları sağlamaya çalışırlar ya da bunu yapamıyorsa ekonomik hayatları sona erer. Dolayısıyla aslında 4735 sayılı Kanun’un 4. ve 36. maddeleri çok önemli iki mesaj veriyor bize.

Fesih konusunda, 4735 sayılı Kanun’un 15. ve 24. maddelerinde çeşitli hükümler var. Aynı şekilde, örnek sözleşmenin, 25 ve 27. maddelerinde de hükümler var, bunları biraz sonra inceleyeceğiz. Bir kısmı zaten anlatıldı ama unutmamamız gereken Borçlar Kanunu’ndaki, Borçlar Hukuku’ndaki fesihle ilgili hükümlerin aynı şekilde burada da uygulanmasının mümkün olduğu.

Bahsettiğimiz 4735 sayılı Kanun ve tip sözleşmedeki fesih sebeplerine topluca bakalım olursak:

Ölüm, ağır hastalık, tutukluluk, iflas, sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar, sözleşmenin izinsiz devri, mücbir sebep, yüklenicinin mali aczini bildirmesi, idarenin sözleşmeyi feshi. Şimdi bunlara birazcık daha yakından bakmaya çalışacağız.

4735 sayılı Kanun’da yer alan sebeplerden bir tanesi; ölüm, ağır hastalık, tutukluluk ve iflas. Tahmin edeceğimiz üzere ölüm, ağır hastalık, tutukluluk bunlar, gerçek kişiler için söz konusu. Yine bir başka husus, her halükârda bu durumlar meydana geldiğinde otomatik olarak sözleşme feshedilecek diye de bir şey yok. Eğer işin yapılmasına engelse bu yola gidilebilir ama örneğin, aynı şartları taşımak kaydıyla mirasçılarının işe devam etmek istemesi, bir vekille işe devam etmek istenilmesi durumunda fesih gerekli olmayabilir.

Tüzel kişilerde ise iflas durumunda yine fesih söz konusu olabilecek. Tabii burada iflas kararından bahsediyoruz, yoksa icra takibi geldi, hacizler oluyor vesaire... Bunlar başlı başına fesih için yeterli sebep oluşturmayacaktır.

Ortak girişim varsa biliyorsunuz, joint venture veya ortak girişimlerde bütün ortak girişimin üyeleri

müteselsil olarak işin tamamından sorumlu oldukları için üyelerden bir tanesinin iflası otomatik olarak sözleşmenin feshine sebep değildir. Ama iflas eden pilot veya koordinatör ortak ise o takdirde fesih söz konusu olacaktır. Ancak yine bu durumda da diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde bu iş için pilot ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşmeyi yenileyerek işe devam etmek mümkün olabilecektir.

Kanun’daki bir başka fesih sebebi ise sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar ama İbrahim Bey, zannediyorum, bunu ayrıntılı olarak anlatacak. Dolayısıyla buna çok fazla değinmeyeceğiz. Ama burada, ihale sürecindeki fiil ve davranışların kastedildiğini belirtmeliyiz. Örneğin, sahte belgelerin kullanılması, şartları taşımadığı hâlde, ihaleyi hak etmediği hâlde kazanmış olması ve yanlış bilgilerle ihaleye girilmiş olması vesaire... Bu gibi durumlarda yine fesih söz konusu olabilir ama biraz önce Şadiye Hanım da belirtti, kamu yararı gözetildiği zaman işin %80’i bittiyse bunu yapabilecek başka bir yüklenici yoksa, işin ivedi olarak bitirilmesi gerektiği için yeniden ihale edilmesi mümkün değilse, kamu yararı varsa ve yüklenicinin bu davranışları onun sözleşmeyi tamamlamasına engel olmayacaksa o takdirde fesih uygulanmaz ama diğer bazı yükümlü müeyyideler uygulanacaktır.

Devir konusuna daha önce değinildi. Devirle ilgili felsefe nedir? İstisna akdinde işi yapan, eseri yapanın kişiliği de önemlidir. Hakikaten ihaleye katıldığınız zaman ihaleyi kazanan; yeterliliği, kendi teknik birikimi ve tecrübeleri olduğu için o ihaleyi kazanmıştır. Dolayısıyla bir başka kişinin devralması soru işaretleri oluşturabilir. Bu sebeple ancak idarenin yazılı izni olursa devir söz konusu olur ki bu durumda dahi bunun alışkanlık yapmaması için yüklenicilerin belirli sayıda sözleşmeyi devredebileceği Kanun’da özellikle düşünülmüştür. Dolayısıyla devir konusu Kanun’da kısıtlamalara tabi tutulmuştur.

Burada bahsettiğimiz tamamen devirdir, yoksa işin belirli bir kısmının başkalarına yaptırılması, taşeron, alt yüklenici kullanılması dediğimiz, sektörün ihtiyacıdır. Hem yüklenici için hem de iş sahibi için taşeron kullanılması maliyetlerin düşürülmesi açısından gerekli olabilir veya tam tersine bazen özel bir teknoloji gerektirdiği için de taşeron kullanılabilir. Kuşkusuz, işin belirli bir kısmı taşeronla yaptırılabilir. Buna engel herhangi bir husus olmayabilir.

Bunun dışında, özellikle uluslararası projelerde şahit oluyoruz, bazen güvenlik problemi dolayısıyla iş hukuken olmasa da fiilen başkasına devrediliyor.

Nasıl oluyor bu? Örneğin, ekipman kiralanıyor. Örneğin, istihdam edilen kişiler yine kiralanma suretiyle çalıştırılıyor. Bu gibi durumlarda, kanuna uygun bir sözleşme devri olmadığı için sözleşmelerin feshedilmesi ve yüklenicinin de çeşitli müeyyidelerle karşı karşıya kalması söz konusu olabilir.

Mesela, bizim birkaç defa başımıza geldi, hakikaten hiçbir yabancı müteahhidi ülkeye sokmuyorlar, sadece Türkler için de değil. O durumda, bizim tesadüfen de hep Lübnanlı firmalar, hangi ülke olursa olsun, çok iyi yapılıyorlar. Yerli işçileri buluyorlar ve aslında hukuki bir devir olmadan fiilen işi devretmiş oluyorlar.

Bir tahkimde bu başımıza geldi. Fiilen işi başka bir firma yapmasına rağmen, Türk firması hukuken hâlâ müteahhit olarak görülüyordu ve ihtilaf çıktığında –başka sebeplerden çıktı- iş sahibi dedi ki “Zaten siz işi başkasına yaptırdınız. Bakın, sahada bir tane bile ne Türk mühendis var ne de Türk işçi var. Dolayısıyla siz sözleşmeyi esaslı bir şekilde ihlal ettiniz, hiçbir talepte bulunamazsınız.” Hakikaten söyledikleri doğrudu, bütün şantiye defterlerinden, bütün delillerle kanıtlıyorlardı ama hakemler “Sizin sahada temsilcileriniz vardı, sizin bu durumu bilmemeniz mümkün değil. Dolayısıyla siz buna icazet verdiniz, sonradan ‘post arbitration’ dediğimiz tahkim sonrasında bu iddiada bulunamazsınız.” diyerek bütün bu talepleri reddettiler. Bazen güvenlik sebebiyle veya başka sebeplerle fiilen devir söz konusu olabilir. O sebeple idare eğer buna rıza göstermiyorsa hemen itiraz etmesi gerekir. Aksi takdirde en basit iyi niyet prensibinden dolayı dahi bunun sonradan ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır.

Mücbir sebep

Mücbir sebep, hukukta öngörülemeyen, önlenemeyen hâllerdir. Tabii, burada işin enteresan tarafı, mücbir sebebin en önemli hukuki sonucunun, edimini ifa edemese dahi ademi ifadan, edimini yerine getirmemektir, işi yapmaktan dolayı yüklenicinin sorumlu olmaması durumudur. Dolayısıyla müteahhide ek süre verilebilir. Buraya kadar sorun yok. Nitekim, bizim 4734, 4735 sayılı Kanunlarımızda da bu öngörülmüş. Ama peki, ya force majeure süresince yüklenicinin maruz kaldığı masraflar ne olacak? Buna ilişkin bizim Kanun’umuzda da tip sözleşmede de bir açıklık yoktur. Örneğin, FDIC sözleşmelerinde çok açık bir şekilde bu riskin idareye ait olduğu belirtilmiştir. Başka bir deyişle, force majeure dolayısıyla işin uzamasından dolayı yüklenici maruz kaldığı zararı isteyebilir. Ama bizim tip sözleşmemizde de 4735’te de buna ilişkin bir açıklık yoktur.

Bir başka husus da 4735 sayılı Kanun’un 19.maddesinde ifade edilen ve yüklenicinin feshi olarak ifade edilen ama Borçlar Hukuku’nda olduğu gibi yüklenicinin haklı sebeple feshi durumunu düzenlenmediği 19. maddedir. Bu madde neyi düzenler? Yüklenicinin mali aciz bildirmesini düzenler. Yüklenici, “Ben mali sebepler dolayısıyla bu işi yapabilecek durumda değilim artık.” diye müracaat edebilir ve bu durumda tasfiyeye gidilir. Dolayısıyla burada, yüklenicinin gerçekten mali aciz hâlinde olduğunu kanıtlanması gerekir ve idare de bu durumda tasfiyeye giderek işin başka bir müteahhide yapılmasına karar verecek ve teminat mektubunu da irat kabul edecektir.

Belki burada en önemli madde, 20. maddedir; idarenin sözleşmeyi feshetmesi yani idarenin fesih kararı alması. Bu, kuşkusuz çok önemli bir karar, çok önemli bir yetki ve çok önemli bir sorumluluk.

Nedir 4735 sayılı Kanun’da bunun şartları?:

Yüklenicinin işi ihale şartlarına ve sözleşmeye uygun yapmaması durumunda, idare sözleşmeyi feshedebilir. Aynı şekilde, işin zamanında bitirilememesi durumunda da sözleşme feshedilebilir. Bu maddede sayılan üçüncü husus ise yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarıdır. Örneğin, ihale sürecinden sonra yani sözleşmenin uygulanması sırasında, rüşvet, irtikap vesaire gibi suçların oluşması. Bunu bir tarafa bırakıyoruz, muhtemelen İbrahim Bey anlatacaktır ama diğer iki madde üzerinde yoğunlaşmakta fayda var.

Evela, idare işin ihale şartları ve sözleşmeye uygun yapılmadığını gerekçe göstererek sözleşmeyi feshediyorsa bu kararından emin olmalıdır, en açık sözüyle. Aynı şekilde gecikme için de. İşin süresi 300 gün, anlaşılıyor ki 300 gün içerisinde iş bitirilemeyecek. Kâğıt üstünde her şey çok iyi duruyor ama bir de madalyonun öbür yüzü var. Burada neye bakmak lazım? Acaba gecikme neden kaynaklandı? Gecikmenin müsebbibi kim? Örneğin, belki de saha geç teslim edildi. Örneğin, projelerin onaylanmasında çok uzun süreler geçti. Ödeneklerde aksaklıklar oldu. İzinlerde sıkıntı oldu. Bu gibi durumlarda iş, süresinde yapılamasa dahi ne olacaktır? Yüklenici, esasında ek süreye hak kazandığı için sözleşmenin feshi söz konusu olmamalıdır.

Buradaki paradoks, en büyük sıkıntı şuradan kaynaklanmaktadır: Her iki tarafı da her iki ordunun komutanı olarak düşündüğünüzde, idaredeki amir, “İş neden bitmiyor?” diye sorduğunda, büyük bir ihtimalle alacağı yanıt, “Yüklenici çok kötü, işi yetiştiremiyor. Mali gücü yetersiz,

elemanları yetersiz, ekipmanı yetersiz, hızlan dedik hızlanamıyor vesaire...” Diğer taraftan, yükleniciye aynı şekilde şirketin müdürü, proje müdürü sorduğu zaman, “Ya, iş programının gerisindeyiz. Niye geride kaldık?” Ona verilen cevap büyük bir ihtimalle, “Efendim, tamamen idarenin kusurundan dolayı. Onaylar geç geldi, bizim iş programımız sürekli bozuldu, verimsizlik (“disruption” dediğimiz), hızımızı bulamadık...” Daha da trajiği, bunu nereden anlayabilirsiniz? İş programına bakarak anlayabilirsiniz. Ama birçok olayda, sizler gayet iyi bilirsiniz, orijinal iş programları sözleşme ifası sırasında güncelliğini yitirir. Yüklenicinin ek süre talepleri vardır, bunların bir kısmı kabul edilir, bir kısmı reddedilir. Revize program yapılması söz konusu olduğunda yüklenici kendisinin ek süreye hak kazandığı durumları dâhil ederek revize programı yapar, iş sahibi bunu onaylamaz. Bir anda takip edebileceğiniz bir revize onaylanmış iş programı dahi olmaz. Bu takdirde ne olur? Her iki ordunun komutanı kendi ekibine sorar, “Neden proje gecikti?”, “Efendim, idarenin yüzünden.” Öbürüne sorarlar, “Yüklenici yeterli değil, onun için gecikti.” Dolayısıyla böyle bir durumda gecikme dolayısıyla alınacak fesih kararı çok önemli riskler içerir. Çünkü gerçekten gecikme karşı taraftan kaynaklanmadıysa o takdirde bunun çok ağır hukuki sorumlulukları olacaktır. Bunun belki en iyi çözümlerinden bir tanesi, objektif olarak üçüncü bir kişiye gecikmenin neden kaynaklandığı hususunda, bir gecikme analizi yaptırmak olacaktır. Çünkü çoğu zaman kendi tarafınızdaki elemanlar da çalışanlarınız da size sağlıklı bilgi vermeyebilirler. Biz bunu, tahkimlerimizde yaşıyoruz. Taraf olmamıza rağmen, kendi tanıklarımızı hazırlıyoruz, “Anlatın bakalım, ne oldu, ne oldu, ne oldu?” Sordukça bakıyoruz ki aslında birçok sorun bizden kaynaklanmış ama yukarıya iletememişler. Bunu, hem idare tarafında yaşadık hem müteahhit tarafında yaşadık. Sağlıklı, objektif bilgi yukarıya gitmiyor, dolayısıyla fesihle ilgili kararlar alınırken de maalesef objektif bilgilere dayanarak bu kararlar verilemiyor. O sebeple belki fesih gibi önemli bir kararı almadan önce objektif bir gözden, bağımsız bir uzmandan bu konuda rapor almak faydalı olabilir.

İdarenin haklı feshinin sonuçları nelerdir?

İdare, feshetti ve fesihte haklı. Öncelikle eğer kısmi kabuller söz konusuysa ve bunun için kısmi cezai şartlar, gecikme cezaları verildiyse, öngörüldüyse feshe rağmen idarenin bunları talep etmesi mümkündür. Aynı şekilde, bizim 4735 sayılı Kanun’umuzda teminat mektubunun

gelir kaydedilmesi hükmü vardır. Belki bunun tartışılması, hatta değiştirilmesi gerekir çünkü bu ceza niteliğindedir. Gecikmeden kaynaklanan zararlara bakacak olursak eğer elektrik üreten bir baraj gibi veya elektrik santrali gibi gelir sağlayan bir taahhüt işi söz konusuysa kuşkusuz, işin feshi ve yeniden ihale edilmesi gecikmeye sebep olacaktır. Bu durumda, üretim kaybının istenmesi dahi mümkündür. Doktrinde, fesih durumunda bunun istenebileceğini söyleyen yazarlar, uzman Hocamız Barlas var. Dolayısıyla bu da istenebilir ama Yargıtayımız kararlarına baktığımızda, Yargıtayımız menfi tazminat olarak iki ihale arasındaki farkı, idarenin isteyebileceğini söylüyor. Tabii, iki ihale arasındaki fark dediğimiz zaman, bir Yargıtay kararında, “İhale miktarının güncellenerek mukayese edilmemesi gerektiği”ni söylüyor. Dolayısıyla orijinal fiyatı ile ikinci ihale fiyatı arasındaki farkın dikkate alınması gerektiğini söylüyor, Yargıtay. Açıkçası bu da tartışılabilir. Ama her halükârda idarenin, “Burada fiyat farkı yoktur, dolayısıyla hiçbir zararı yoktur.” diyen mahkeme kararlarını Yargıtay’ın, 15. Dairesinin bozduğunu görüyoruz. Çünkü haklı olarak diyor ki “Her halükârda damga vergisinden tutun da yeni bir ihale yapılmasına kadar idarenin mutlaka zararları vardır. Onun hesaplanarak tazmin edilmesi gerekir.”

Tabii, diğer açıdan bakacak olursak idare, sözleşmeyi feshetti ve fesih haksız. Bu durumda, yüklenici ne isteyebilecektir? Aslında bu idarenin başlıca riski, yüklenicinin böyle bir durumda kâr mahrumiyetini isteyebilecek olmasıdır. Örneğin, işin tamamlanma oranı %20’de iken %30’da iken bir fesih söz konusu oldu; yüklenici diyecektir ki “Sizin feshiniz haksız, dolayısıyla ben bu işi bitirseydim ne kadar kâr edecektim, bunu bana ödemek zorundasınız.” Tekrar söylüyoruz: Bu sebeple fesih kararı almak, idare açısından oldukça önemli bir durum, oldukça önemli bir kavram.

Yüklenici başka ne talep edebilir? Sahaya getirmiş olduğu malzemenin parasını, ekipman masraflarını çünkü idarenin ekipmana el koyma hakkı var biliyorsunuz, Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nde. Eğer satın alma hakkını kullandıysa onu talep edebilir. Gecikmeden kaynaklanan her türlü masrafını talep edebilir. Diyelim ki gecikme aslında idareden kaynaklanıyor ama “İşi zamanında bitirmedin.” diye feshetti, gecikmeden kaynaklanan bütün masraflarını, örneğin, ekipmanları kiralıkla leasing bedellerini, kendisine ait ise amortismanları talep edebilir, teminat mektupları, sigorta, istihkak kesintileri için faiz talep edebilir. Dolayısıyla feshin haksız olması durumunda, idare açısından oldukça

önemli ve ekonomik açıdan da oldukça önemli miktarlarda tazminatlar söz konusu olabilecektir.

Fesih sonrasında sözleşmesi feshedilen yüklenici, büyük bir ihtimalle feshin haksız olduğunu ileri sürerek yasal haklarını kullanma yoluna gidecektir. Bazı durumlarda fesih kararı çok rahat alınabilir. Yargıtay'ın kararlarında da bunu görüyoruz. Örneğin, ihale yapılmış ama yüklenici mobilize dahi olmamış veya yüklenicinin işi ilerletme hızı o kadar düşük ki daha %10, %20 seviyelerine gelmiş ama neredeyse sürenin yarısından fazlası geçmiş veya yüklenici izin almadan kısmen veya tamamen demobilize olmaya çalışıyor, yüklenici sahayı terk etti... Bu gibi durumlarda kuşkusuz idare -zaten kamu yararı da var bu hizmetin bir an önce verilmesi gerekiyor- hemen sözleşmeyi feshedebilir. Ama biraz önce söylediğimiz gibi gecikme var ama gecikme kimden kaynaklanıyor? İşin kalitesiyle ilgili bazı problemler var ama belki geçici kabule bu engel değil, daha sonradan tamamlanabilir. Bu gibi durumlarda belki iki defa, üç defa düşünmek gerekir.

Eğer yüklenici, feshin haksız olduğunu düşünüyorsa yasal yollarına başvurur dedik. Uluslararası inşaat pratiğinde, Uyuşmazlıkları Çözüm Kurulu dediğimiz, DAB dediğimiz bir yöntem var. Türkiye'de bu iç tahkimlerde, iç uyuşmazlıklarda pek kullanılmıyor ama Türkiye'deki Marmaray gibi Avrasya Tüneli gibi projelerde çok yoğun bir şekilde DAB'nin kullanıldığını görüyoruz.

DAB'nin en önemli özelliklerinden bir tanesi ise tarafların DAB'nin kararına uyararak kesin olarak uyuşmazlığı çözmelerinin mümkün olması ama bunun yanında taraflardan bir tanesinin itiraz etmesi halinde ise uyuşmazlığın mahkemeye veya tahkime götürülebilmesidir.

Uyuşmazlık çözüm yolu dediğimizde, sokaktaki pek çok insanın aklına gelen tabii ki mahkemeler ama taahhüt sektöründe, bilhassa milletlerarası inşaatta biliyoruz ki çok yoğun bir şekilde tahkim kullanılıyor. Bu konuyla ilgili olarak muhtemelen birçoğunuz haberdarsınız **ama İstanbul Tahkim Merkezinden** size bahsetmek istiyorum.

İstanbul Finans Merkezi Projesi'nin bir parçası olarak Türkiye'de İstanbul Tahkim Merkezi kuruldu, adı "İstanbul" ama Ankaralılar alınmasın lütfen, sadece merkezi İstanbul'da. Milletlerarası bir tahkim merkezi olma projesi olduğu için. Tahkim merkezleri her ülkenin ekonomik anlamda marka şehirleriyle anılır; Milan, Paris, Londra, Dubai gibi. Türkiye için de "İstanbul Tahkim Merkezi" denildi ama İstanbul Tahkim Merkezinde siz duruşmaları,

her şeyi Ankara'da veya istediğiniz başka bir yerde yapabilirsiniz.

İstanbul Tahkim Merkezinin taahhüt sektörüne sunduğu fırsatlar nedir?

Türkiye'ye ilk defa seri tahkim geldi. Bu ne demek? Uyuşmazlıkların üç ayda çözümlenmesinin mümkün olması demektir. Şu anda devam eden seri tahkimler var. Çok kompleks olmayan uyuşmazlıklar üç ayda tek hakemle çözümlenebiliyor. Nihai olarak ilamlı icraya koyabileceğiniz şekilde karar alınması mümkün oluyor.

Aynı şekilde, eğer uyuşmazlık belli bir meblağın üstünyse ve nispeten kompleksse altı ay gibi bir süremiz var ki şu ana kadar davalarımız altı ay civarında çözümlendi. Temyiz söz konusu değil, kararın derhal icraya konulması mümkün.

İstanbul Tahkim Merkezinin taahhüt sektörüne sunduğu en önemli fırsat, tarafların hakemlerini belirleyebiliyor olmalarıdır. Belirlemezlerse bizim divanlarımız, hakemi atıyor ama her halükârda hakemler sektörü bilen kişiler oluyor. Yani inşaatı, inşaat hukukunu bilen kişiler oluyor. Hatta hukukçu olmaları şart değil çünkü bazen teknik ihtilaflar da söz konusu olabiliyor. Ama bir yargılamadan bahsettiğimiz için uygulamada çok büyük bir çoğunlukla inşaat hukukunu bilen kişiler hakem olarak atanıyor. Bizim millî ve milletlerarası divanımız olmak üzere iki divanımız var.

Milletlerarası Divanımızda dünyanın en bilinen, en saygın hakemleri var. Millî Divanımızda da yine aynı şekilde hem uygulamada hem teoride Türkiye'nin en saygın hocaları yer alıyor ve tahkimden bahsettiğimiz zaman, bazen birçok kişinin aklına şu geliyor: Tahkim iyi ama çok pahalı bir yöntem. Tam tersine, İstanbul Tahkim Merkezinin harçlarını dikkate aldığınızda, daima mahkemelerin altında. Hatta orta ve büyük davalar için ki taahhüt sektöründe bu şekilde oluyor, mahkemelerdeki harcın çok çok daha altında rakamlarla uyuşmazlığınızı çözmeyiz mümkün. Dolayısıyla İstanbul Tahkim Merkezi taraflara hem hızlı hem uzmanlaşmış ve pahalı olmayan bir çözüm yolu sunuyor.

Sabrınız için çok teşekkür ediyorum efendim.

Av. Ali Rıza Yücel

Hocama bu engin bilgilerinden dolayı teşekkür ediyorum, bizi gayet güzel aydınlattılar.

Bir de Hocam değindi ama ben orayı acaba kaçırdım mı bilmiyorum. Süre uzatımına neden

olan konular ortaya çıktığında, örneğin, sadece süre uzatımı veriliyor. Oysa yüklenicinin diğer hakları ne olacaktır? Örneğin, idare yer tesliminde gecikti, beş günde yapacağı yer teslimini üç ayda, dört ayda, beş ayda yaparsa yüklenici giderleri ne olacak? Bu konuda idarelerin tutumunu bilmiyorum ama bu konuda Yargıtay'ın kararları var, Yargıtay, bu gecikmelerin tahammül ve makul bekleme süresi içerisinde olması gerektiğini vurgulamaktadır. Aksi hâlde süre uzatımının yanı sıra yüklenicinin giderlerinin de ödenmesi gerektiğini belirtmektedir. Sizlere de bu benim naçizane sorum olsun. Zaten ilk soruları ben sormuş oldum.

Buyurun İbrahim Bey, son söz sizin.

İbrahim Bey, Samsun Bafra'da doğdu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi. Çalışma hayatına Karayolları Genel Müdürlüğü, Sivas 16. Bölge Müdürlüğünde Bölge Avukatı olarak başladı. Daha sonra Karayolları Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliğinde çalıştı. 2002 yılında Kamu İhale Kurumuna Hukuk Danışmanı olarak atandı.

Karayolları Genel Müdürlüğünde çalıştığı dönemde ihale ve sözleşme hukuku, özellikle otoyol sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tahkim hukuku, iş hukuku ve tazminat hukuku alanlarında çalıştı.

Kamu İhale Kurumunda ise avukatlığın yanı sıra, 4734 sayılı ve 4735 sayılı Kanunların uygulamasına yönelik ikincil mevzuatın hazırlanmasına ilişkin komisyonlarda, Avrupa Birliği ile müktesebat uyumu kapsamında kamu alımlarına ilişkin çeşitli komisyonlarda görev yaptı. Kamu alımlarına ilişkin olarak düzenlenen konferans, panel ve benzeri toplantılarda bildiri sundu ve Kamu İhale Eğitimi programlarına eğitici olarak katıldı. Halen Kamu İhale Kurumu Hukuk Hizmetleri Dairesi Başkanlığı görevini yürütmektedir.

Bu kısa özgeçmişten sonra, buyurun İbrahim Bey.



İBRAHİM BAYLAN

İhale üzerindeki uyuşmazlıklardan kaynaklanan yargı kararları üzerine sözleşmenin feshi

Günün ilerleyen saatinde, salondaki enerji hiç azalmadı, aynı şekilde devam ediyor. O yüzden saygıdeğer katılımcılara ben de bu saatte bu kadar yoğun, derin konuları sabırla dinledikleri için ve bundan sonra benim yapacağım konuşmayı dinleyecekleri için şimdiden teşekkür ediyorum.

Benden önceki katılımcı arkadaşlar 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamındaki sözleşmelerde karşılaşılan sorunlar ve çözüm önerilerine ilişkin çeşitli önerilerde ve eleştirilerde bulundular. Çalışma arkadaşlarım bunları dikkatle not aldı, ben de not aldım. Eminim, bundan sonraki çalışmalarımızda, biraz ihmal ettiğimizi düşündüğümüz sözleşme uygulamalarına ilişkin ikincil mevzuat çalışmalarında, bu hususlar, bu eleştiriler dikkate alınacaktır.

Diğer konuşmacılar sözleşmeleri çeşitli yönlerden değerlendirdiler. Gerçi saygıdeğer hocam Sayın Akıncı, örneğin, sözleşmeden önceki yasak fiil, davranış ve sözleşmeden sonraki yasak fiil, davranış gibi konularda topu bana attı, umarım vaktim elverirse değinmeye çalışırım, bu pas çerçevesinde.

Ama benim esas anlatmak istediğim konu, ihale sürecinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda verilen yargı kararlarının sözleşmeye etkisinin ne olacağı, bu konuda ne tür sorunlarla karşı karşıya olduğumuz ve nasıl çözüm yolları aramamız gerektiği noktasına yoğunlaşacaktır.

Bildiğiniz gibi, 4734 sayılı Yasa, daha önce ihale mevzuatında olmayan yeni bir müessese getirdi. Bu da ihale uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce bir idari mekanizmanın işletilmesi gerekliliği noktasındadır. Kanun'da önce idareye şikâyet, daha sonra Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet yoluna başvurulması, dava açılması öncesi tüketilmesi zorunlu başvuru yolları olarak düzenlenmiştir. Konuya bu açıdan baktığımızda, önce idareye şikâyet, sonra Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet, ondan sonra idare mahkemesi ve sonra Danıştay şeklinde bir ihale sürecinde uyuşmazlık çözüm sürecinin öngörüldüğünü görüyoruz. Bunu, idari süreçler ve yargısal süreç olarak ikiye ayırarak olursak; öncelikle idari süreçlerden kısaca bahsedelim. Bildiğiniz gibi, 4734 sayılı Yasa'nın 54 ve devamı maddelerinde düzenlenen şikâyet ve itirazın şikâyet sistemi, oldukça hızlı ve etkin bir mekanizma olarak tasarlanmıştır. Buna göre, idareye on gün içinde şikâyet başvurusunda bulunulması, idarenin de on gün içinde karar alması gerekir. Başvuracaklar kimler? İhale katılımcıları. Ya doküman alacaklar ya da teklif verecekler. Yani aday, istekli veya istekli olabilecek statüsünde olan ihale ile doğrudan ilişkisi olan kişilerdir. Bunun dışındaki kişilerin ihale süreçlerine herhangi bir şekilde şikâyet ve itirazın şikâyet sistemi anlamında dahil olması, bu başvuru yollarını tüketmesi söz konusu değildir.

İdarenin aldığı karara karşı da on gün içinde Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması gerekir. Kamu İhale Kurulu da gerektiğinde tarafları dinlemek, teknik görüş almak şeklinde yargı benzeri usulleri tatbik ederek uyuşmazlıkla ilgili nihai kararını vermektedir.

Kamu İhale Kurulu nihai kararını vermeden önce sözleşmenin imzalanması söz konusu değildir. Dolayısıyla Kamu İhale Kurulu karar vermeden önce-sözleşme imzalanmış olsa dahi, bu Kurulun inceleme yetkisine engel olmadığı gibi bu sözleşmeler kural olarak da geçersizdir. Zaten şu anda EKAP sistemi üzerinden yaptığımız birtakım uygulamalarla da sözleşme imzalanmasına teknik anlamda imkân vermiyoruz.

Peki, sayısal anlamda bu alanda ne tür rakamlar var? Baktığımızda, 4734 sayılı Kanun kapsamında, 2016 yılı verilerini esas aldığımızda, yılda 160 bin

adet ihalenin gerçekleştiğini görüyoruz. İmzalanan sözleşmelerin parasal tutarı da yaklaşık 180 milyar lira civarındadır. Yapım işlerine ilişkin sözleşmelerin parasal tutarı 80 milyar civarında olup toplam kamu alımlarının yaklaşık %51'ne karşılık gelmekte. Adet bazında ise 19.674 adet yapım işi ihalesinin gerçekleştirildiğini görüyoruz.

Bunlardan Kamu İhale Kurumuna intikal eden başvuru sayısı 966 adet. 966 adet kararın %33'ünde düzeltici işlem kararı, %66'sında başvuru ret kararı, %1'inde de iptal kararı verildi. Görüldüğü gibi 19 bin ihaleden Kuruma intikal eden 966 ve Kurul tarafından düzeltici işlem ve iptal kararı verilenler dikkate alındığında, idarece hata yapılan ihale sayısının oldukça minimize olduğunu görüyoruz. Yani %33'ü baz aldığınızda 966'da yaklaşık 330-335 civarındaki uyuşmazlıkta iptal ya da düzeltici işlem kararı verildiği, dolayısıyla geri kalan ihalelerde hatalı bir uygulamanın olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Peki, bunlardan ne kadarı dava konusu ediliyor? Bu açıdan baktığımızda, 2016 yılında ihale uyuşmazlıklarına ilişkin Kurul kararlarından 856 adetinin dava konusu yapıldığını görüyoruz. Bunlardan 330 adedi yapım işleri ihalelerine ilişkin. Bu verilere bakarak başvuru ret daha az olmakla birlikte, ihalenin iptali işlemi ile düzeltici işlem kararlarının büyük bölümünün dava konusu edildiğini söylemek mümkün.

Peki, mahkemeler ne karar veriyor? Bu açıdan bakıldığında, 330 adet davadan 215 adedinin ret ile 87 adedinin ise iptal, 5 adedinin ise kısmen ret, kısmen kabul kararıyla sonuçlandığı görüyoruz. Bunlardan 23 adedinin ise henüz karara bağlanmadığını görüyoruz.

Peki, yargı nasıl bir usulle bu davaları görüyor? Malum, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre, Kamu İhale Kurulunun bir idari kurul olması ve aldığı kararların da bir idari işlem sayılması nedeniyle bu davalar idari dava olarak görülüyor. Ve 2014 yılında 2577 sayılı Yasa'ya 20/A Maddesi olarak eklenen usule göre, ivedi yargılama usulüne tabi. İvedi yargılama usulünde dava açma süresi, genel dava açma süresine göre daha kısa. Genel dava açma süresi altmış gün, burada otuz gün. Mahkemenin karar vermesi için bir süre tayin edilmiş, bir ay ve temyiz süresi daha kısa. Yine yürütmenin durdurulması kararı verilebiliyor ancak itiraz yolu kapalı. Danıştay ilgili dairesinin -ki ihale uyuşmazlıklarında 13. Daire görevli diredir- iki ay içinde karar vermesi ve bir ay içinde de verdiği kararı tebligata çıkarması ve kararların da -karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere- kesin olması şeklinde bir hızlı yargılama sistemi öngörülmüştür.

Bundan önce, salondaki katılımcılar bilir, ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar, genel yargılama usullerine tabiydi. Kamu İhale Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, önce yürütmenin durdurulması hakkında idare mahkemesi bir karar veriyordu, yürütmenin durdurulması istemi üzerine verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesine itiraz yolu açıktı, sonra mahkemece esas hakkında karar veriyordu, temyiz üzerine Danıştay 13. Dairesinin yürütmenin durdurulması ve esas hakkındaki kararı, karar düzeltme, bozma kararı verilmesi halinde olursa ısrar veya uyma, İdari Dava Dairelerince tekrar başa dönecek şekilde bir karar vermesi şeklindeki yargılama usulü nedeniyle her aşamada bir öncekinden farklı karar verilmesi halinde sözleşmenin yedi-sekiz defa el değiştirmesi durumu ortaya çıkmaktaydı. Ancak ivedi yargılama sürecinden sonra, geçmişe göre etkili ve daha kısa sürelerde uyuşmazlıkları çözümleyen bir mekanizmanın kurulduğunu görüyoruz. Bu anlamda da sürelerin eskiye göre daha da iyileştiğini ve daha kısa sürelerde uyuşmazlıkların çözümlendiğini görüyoruz. Ancak bunların ortalama süreler olduğunu dikkatinize sunuyorum.

Devam eden davalarda imzalanan sözleşmenin el değiştirmesi nereden kaynaklanıyor? Az önce bahsettim, Kamu İhale Kurulu nihai kararını verinceye kadar sözleşme imzalanamıyor. Buna karşılık dava açılması sözleşmenin imzalanmasına engel değil. Kurul kararından sonra sözleşme imzalanabildiğinden, Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada idare mahkemesince Kurul kararının yürütmesinin durdurulmasına ya da iptaline karar verilmesi hâlinde, mahkemece verilen kararın yürüyen sözleşmeye etkisi gündeme gelecektir.

Burada karar türüne baktığımız zaman, eğer karar usule ilişkin ise yani Kamu İhale Kurulu kararında yer alan ehliyet, süre, şekil gibi usule ilişkin konulara ilişkin olması hâlinde, Kurul bu karar doğrultusunda yeniden inceleme yapmak suretiyle esas hakkında bir karar alır. Usule ilişkin kararlar doğrudan sözleşmeye etki etmez, ancak Kurulun inceleme yaptıktan sonra esasa ilişkin aldığı karar sözleşmeye etki edebilir. İdarece Kurul kararının gerekçesine bakarak değerlendirme yapılmalıdır.

Buna karşılık, ilk derece mahkemesi veya Danıştay ilgili daire kararının esasa ilişkin olması hâlinde, doğrudan sözleşmeye etki etmesi hâli karşımıza çıkacaktır.

Peki, burada sorulması gereken bir soru: Yargı kararları geriye dönük mü uygulanacak, ileriye dönük mü uygulanacak? Danıştay içtihatlarında

iptal veya yürütmenin durdurulması kararının, idari işlemi yapıldığı andan başlayarak ortadan kaldırdığı, buna bağlı olarak geriye yürüyen sonuçlar doğurduğu, idarenin, iptal veya yürütmenin durdurulması kararının amaç ve kapsamına göre yeni bir işlem ya da işlemler yapmak, iptal edilen veya yürürlüğü durdurulan idari işlemde doğan tüm sonuçları ortadan kaldırmak, idari işlemin hiç yapılmamış sayılması ilkesi gereği olarak, önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmektedir.

Söz konusu içtihadta, yürütmenin durdurulması ya da iptal kararı verilmesi hâlinde, dava konusu edilen ihale işleminin hukuk aleminde kaldırılması ve bu işleme dayanılarak tesis edilen diğer ihale işlemlerinin de dayanaksız hale gelmesi nedeniyle bu işlemlerin de iptal edilmesi gerektiğinden, karar hangi aşamaya ilişkin ise o aşamaya kadar dönülmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile yürütmesi durdurulan veya iptaline karar verilen işlem ile bu işleme dayanılarak tesis edilen diğer ihale işlemlerinin ortadan kaldırılması gerektiği ortaya çıkıyor. Bilindiği üzere ihale, idare hukuku anlamında zincir işlemlerden oluşan bir süreçtir. İhtiyacın ortaya çıkması, şartnamelerin hazırlanması, buna uygun olarak yaklaşık maliyetin tespiti, dokümanın oluşturulması, ihale usulünün tespiti, ilan, tekliflerin alınması, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale komisyonunun karar alması, onaylanması, sözleşmenin imzalanması gibi işlemlerden oluşan bir süreçtir. Danıştay içtihadı çerçevesinde, örneğin, dava konusu edilen işlem teklif değerlendirme aşamasına ilişkin ise teklif değerlendirme aşamasına yani ihale komisyonu aşamasına geri dönülmesi, bu aşamadan sonraki bütün ihale işlemlerinin dolayısıyla imzalanan sözleşmenin de hükümsüz sayılması gerekmektedir.

Az önce 2016 yılında dava konusu edilen Kurul kararlarından söz ederken 87'sinde iptal, 5'inde de kısmen ret kısmen kabul karar verildiğini ifade etmiştim. Genel büyüklük içerisinde, sayısal anlamda, çok büyük bir veri değil gibi görünüyor. Ama Anadolu'da bir deyiş vardır, dil ağrıyan dişe dokunurmuş. Sorun, bu aşamadan sonra başlıyor. Yürüyen sözleşmelere söz konusu iptal kararları nasıl etki edecek? Sabah oturumunda sunum yapan arkadaşlarımızdan Sayın Canbolat, daha çok Borçlar Kanunu'nda yer alan "sözleşmeden dönme" kavramını kullandı, başından itibaren geçersizlik halinden söz etti. Bu hususa ilişkin olarak kamu ihale mevzuatında bir düzenleme yok. Yani yargı kararının yürüyen sözleşmeye nasıl etki edeceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına

karşın, bahsettiğim içtihatlarla göre ihale sürecine ilişkin yargı kararından sözleşmenin etkilenmesi kaçınılmazdır. Yargı kararının yüklenicinin değişmesi sonucunu gerektirmesi, ihalenin iptali, 4734 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde belirtilen temel ilkelere aykırı bir durumun varlığının tespiti ya da belli istekliler arasında ön yeterlilik aşamasında, ön yeterlik değerlendirmesi işleminde hatalı işlemin tesisi gibi bir gerekçeye sahip olması gerektiği açık.

Sözleşmenin geçersizliğine karar verilmesinin gerekmesi halinde açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus ise sözleşme başından itibaren mi, yoksa ileriye doğru mu geçersiz sayılacak? Bugün sunum yapanlar 4735 sayılı Kanun'un çeşitli hükümlerinde geçen fesih, tasfiye kavramları üzerinden değerlendirmeler yaptı. Bilindiği üzere 4735 sayılı Kanun, sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkan durumları düzenliyor. Örneğin, yüklenicinin dokümana uygun olarak ihale konusu işini yerine getirememesi, yüklenicinin ölümü, ortak girişimin dağılması, yüklenicinin mali acze düşmesi, mücbir sebep gibi haller sözleşmeden sonra ortaya çıkan durumlardır. Görüldüğü üzere sayılan hallerin hepsi sözleşme imzalandıktan sonraki aşamaya ait. Ve bunlara ilişkin olarak 4735 sayılı Yasa fesih kavramını kullanıyor. Sadece 24. maddede "Tasfiye" yani "İşin sözleşme bedeli ile tamamlanamaması hâlinde iş artışına rağmen tamamlanamayacağına anlaşılması durumunda tasfiye edilir." diyor. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'ne baktığımız zaman, fesih ve tasfiye kavramlarının işlevsel olarak kullanıldığını görüyoruz.

Sözleşmeden dönme, sözleşmenin iptali, fesih veya tasfiye kavramlarından hangisinin kullanılacağı hukuki ilişkiyi açıklama noktasında önem arz etmektedir. Yüklenicinin sözleşme konusu işin belli bir kısmını tamamlamasından sonra sözleşmenin geçersizliği durumunun ortaya çıkması halinde, gerçekleştirilen iş kısmına ilişkin olarak yüklenicinin haklarının tespiti noktasında vekâletsiz iş görme ya da Sayın Canbolat'ın sözünü ettiği sebepsiz zenginleşme hükümleri mi uygulanacak?

Yargı kararının doğrudan sözleşmeyi ortadan kaldırdığının kabulü halinde karşımıza başka sorunlar çıkıyor; öncelikle kamu yatırımı dolayısıyla kamu hizmeti gecikiyor. Ayrıca sözleşmesi iptal edilen yüklenici yaptığı, az önce Sayın Ziya Akıncı bu konudan biraz bahsetti, şantiyeye getirdiği ihzarat malzemesi, kiraladığı makine, ekipman, istihdam ettiği personel, kullanmışsa banka kredisi gibi ilave giderler ile işin kalan kısmı üzerinden kâr kaybı iddiasıyla dava açıyor. Aynı şekilde, ikinci yüklenici, yani yargı kararı üzerine ihale, üzerinde

bırakılan yüklenici ise diğer yüklenici tarafından gerçekleştirilen iş kısmı üzerinden kâr kaybı olduğu iddiasıyla dava açıyor.

Yine bu bağlamda, sözleşme yapılması aşamasında ödenen on binde 5 Kamu İhale Kurumu payı, dokümanda öngörülmüşse noter tescil ve onayı ve damga vergilerine kimin katlanacağı başka bir sorun alanı. Söz konusu giderler iade edilecek mi? Mevcut durumda, 6728 sayılı Kanun ile yargı kararı üzerine sözleşme iptal edilmişse sadece karar pulu diye adlandırdığımız damga vergisinin iade edileceği düzenlenmiş, buna karşılık, sözleşme damga vergisinin iade edilmeyeceği düzenlenmiş.

Söz konusu giderlerden iade edilmeyenlere yönelik talebin hangi idarenin husumetiyle görüleceği ve uyuşmazlığın hangi mahkemede (idari yargı-adli yargı) görüleceği konusunda yargı mercilerinin farklı kararları mevcut.

Görüldüğü üzere, yargı kararı üzerine sözleşmenin iptal edilmesi halinde daha büyük bir sorun alanı ile karşı karşıya kalıyoruz. Bu konunun ayrılabilir işlem kuramı çerçevesinde irdelenmesi gerektiğini düşünüyorum. Zira, biraz önce ihale işlemlerinden söz ederken zincir işlem teorisinden söz ettim. Söz konusu teoriye göre, zincir işlemlerden oluşan süreçte bir işlem zincirden ayrılarak tek başına kesin ve uygulanabilir sonuçlar doğurabiliyorsa ayrılabilir işlem kuramı çerçevesinde bu işlemin ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, sözleşmenin imzalanmasıyla ihale süreci dolayısıyla idari işlem süreci sona ermekte ve artık özel hukuk süreci başlamaktadır. Bu konuda herhangi bir tereddüt yok. 4735 sayılı Yasa'nın 4'üncü maddesinde, benden önceki konuşmacılar tarafından da belirtildiği üzere, ihale sonucu imzalanan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu ifade edilmektedir.

Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi nedeniyle idare hukuk alanında olan ihale uyuşmazlığına ilişkin yargı kararının otomatik olarak sözleşmenin feshi sonucunu doğurması şeklindeki genel kabulün artık gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

İhale sürecindeki uyuşmazlıklarla ilgili alınan yargı kararlarının sözleşmeye etkisine ilişkin olarak Avrupa Birliği müktesebatına bakıldığında, en sonunda söyleyeceğimi baştan söyleyeyim, doğrudan bir etkisi yok. Yani bizde olduğu gibi üye ülke mevzuatına göre, ister idari bir merci ister yargısal bir merci tarafından verilen ihale sürecine ilişkin kararın, yürüyen sözleşmeye otomatik etkisi yok. Eğer etkisi olması isteniyorsa onun da ayrıca dava konusu edilmesi gerekiyor.

Konuya ilişkin düzenleme 1989 yılında çıkarılan, 2006 yılında da revize edilen klasik kamu alımlarına ilişkin, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kuralları düzenleyen şikâyet direktifinde yapılmış. Sözleşmenin geçersiz sayılma nedenleri, oldukça sınırlı bir şekilde sayılmak suretiyle belirlenmiş ama bunlarla ilgili olarak üye ülkelerin takdir hakkı bulunduğu da kabul edilmiştir. Yani bunlar otomatik olarak üye ülkeler tarafından bir sözleşmenin feshi nedeni olarak görülmemiştir.

Söz konusu haller; ilk olarak, ilan edilmesi gereken bir ihalenin ilan yapılmaksızın gerçekleştirilmesi. İkinci olarak, bekleme sürelerine ilişkin kurallara aykırı sözleşme imzalanması ve ihale işlemlerinde AB Kamu Alımları Direktifine aykırılık bulunması ayrıca bunun isteklinin ihaleyi kazanma şansını olumsuz etkilemesi, üçüncü olarak dinamik alım sistemi ve çerçeve anlaşma kapsamında yapılan alımlarda, bekleme süresine ilişkin kurallara istisna getirilmesi olarak sayılmıştır.

Yine direktifte sözleşmenin geriye doğru mu, yani baştan itibaren mi geçersiz olacağı, yoksa ileriye doğru mu geçersiz sayılacağı hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiş, bu konu, üye ülkelerin iç mevzuatına bırakılmıştır. Ancak Direktife göre sözleşmenin ileriye dönük olarak geçersizliği durumunda, idareye para cezası da alternatif ceza olarak uygulanmak durumundadır.

Bunun yanında, sözleşmenin geçersizliğine yol açan durumlardan biri bulunsa dahi belli hallerde sözleşmenin geçersiz kılınmaması mümkündür. Buna göre, inceleme mercinin "kamu yararına ilişkin ağır basan nedenlerin" sözleşmenin devamını gerektirdiğini tespit etmesi durumunda, inceleme merci sözleşmenin geçersiz kılınmamasına karar verebilir. Bu durumda, sözleşmenin süresinin kısaltılması veya idareye para cezası verilmesi şeklinde alternatif yaptırımların uygulanması zorunludur.

Kamu yararına ilişkin ağır basan nedenlerin ne olduğu anılan Direktifte tanımlanmamakla birlikte; kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu sağlığı, çevrenin korunması gibi nedenler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Direktifte sözleşmenin devamında, ekonomik açıdan menfaat bulunması, kural olarak bu nedenler arasında bulunmamakta ancak istisnai koşullarda sözleşmenin geçersizliği orantısız sonuçlara yol açacaksa bu gerekçeyle sözleşme devam ettirilebilmektedir. Ayrıca anılan Direktifte işin yapımının gecikmesinden kaynaklanan maliyet artışı, yeni bir ihale süreci için gereken masraflar, yüklenicinin değişiminin neden

olacağı maliyet artışı veya geçersizlik nedeniyle tazminat ödenmesi gibi sözleşme ile doğrudan ilgili ekonomik menfaatlerin kamu yararına ilişkin ağır basan neden olarak kabul edilmeyeceği belirtilmektedir.

Üye ülke uygulamalarına bakıldığında –ki üye ülkeler AB Komisyonu tarafından çıkarılan Direktiflerde yer alan kuralları kendi iç hukukuna aktarmak zorundadır- örneğin, Almanya’da bekleme sürelerine uyulmadan sözleşmenin imzalanmış olması, mevzuata aykırı olarak ihtiyacın başkalarını davet etmeksizin doğrudan tek bir istekliden alınması durumlarından birinin gerçekleşmesi halinde, sözleşme başından itibaren geçersiz kabul edilmektedir. Eğer sözleşme feshedilmez ise isteklinin ihaleye katılmak için katlandığı giderler ile hukuk yollarını, yani bu yargısal süreçleri, başvuru yollarını tüketmesiyle ilgili katlandığı giderlerden oluşan sınırlı bir tazminat öngörülmüştür.

İtalya’da da Almanya örneğine benzer düzenlemeler mevcut ancak kamu yararına ilişkin ağır basan nedenlerin sözleşmenin devamını gerektirmesi halinde sözleşmenin feshedilmeyeceği kabul edilmiştir.

Diğer üye ülkelerde de benzer düzenlemeler mevcut ancak Fransa ve Belçika örneği ilginç, zira sözü edilen ülkeler, ayrılabilir işlem kuramını tartışıyor. Belçika Danıştayının ihale sürecine ilişkin bir uyuşmazlıkta sözleşmenin geçersizliğine karar vermesi üzerine ayrılabilir işlem kuramı tartışılmaktadır. Daha önce belirttiğim üzere, AB üyesi ülkelerde ihale sürecindeki uyuşmazlıklarda verilen kararlar kendiliğinden sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz, sözleşmenin geçersizliğine ilişkin olarak ayrı bir dava açılması gerekmektedir. Belçika Danıştayının genel kabulün dışında verdiği karar, Fransa ve Belçika’da uzun süre tartışmaya yol açmıştır.

AB üyesi ülkelerde durum böyle, ülkemizde bu konuda nasıl iyileştirmeler yapılabilir veya çözüm mekanizmaları öngörülebilir?

Öncelikle ivedi yargılama süreçlerinin eskiye göre bir iyileştirme getirdiğini ifade etmiştim. Ancak bunun yeterli olmadığını görüyoruz. Zira iki dereceli yargılama nedeniyle sözleşmelerin birden fazla el değiştirmesi hem kamu yatırımlarının gecikmesine neden oluyor hem de yükleniciler ile idare arasında yeni uyuşmazlık konuları ortaya çıkıyor. Bu durumun önüne geçilebilmesi için ihale uyuşmazlıkları için tek dereceli bir sisteme geçilmesi önem arz etmektedir. İhale uyuşmazlıklarının tamamı olması bile yaklaşık maliyeti belli bir tutarın üzerindeki

büyük ölçekli işler, -örneğin, 2017 yılı yapım işleri için eşik değer 39 milyon küsur- doğrudan Danıştay 13. Dairesinde ilk derece mahkemesi olarak kesin olarak karar verilmek üzere dava konusu edilebileceğine yönelik yasal düzenleme yapılabilir. Anayasada yargılamanın çok dereceli olması gerektiğine ilişkin bir kural bulunmadığından, bu konuda yapılacak yasa değişikliğinin Anayasaya aykırılığından da söz edilemeyecektir.

Önerilen şekilde yapılacak bir düzenleme, Danıştay 13. Dairesinin iş yükünü de artırmayacaktır; 2016 yılı verilerine göre, yaklaşık maliyet tutarı sözü edilen değer üzerinde olan 290 adet uyuşmazlık doğrudan Danıştay’da dava konusu edilebilecek. Halihazırda belirtilen tutarın üzerindeki uyuşmazlıklar, karar sonucuna göre ya Kamu İhale Kurumu ya da davacılar tarafından Danıştay nezdinde temyiz edilmekte olup yılda 700-800 adet dava zaten temyiz yoluyla Danıştay’a götürülmektedir. Bu rakamın içinde 290 dava zaten var. Dolayısıyla Danıştay’ın iş yükünü artırıcı bir etkisi olmayacaktır. Böyle bir düzenleme yapılması halinde, iki dereceli yargılamanın getirdiği sözleşmenin birden fazla el değiştirme ihtimali ortadan kalkacak, bu durumdan kaynaklı kamu yatırımlarındaki gecikmeler ve doğması muhtemel uyuşmazlıkların en aza inmesi sağlanmış olacaktır.

Yine bu alanda yapılacak düzenleme ile ihale sürecine ilişkin yargı kararlarının yürüyen sözleşmeye etkisi sınırlanabilir. Avrupa Birliği örneğinden hareket edersek, kamu yararına ilişkin ağır basan nedenlerin varlığı halinde, sözleşmenin devamını sağlayacak düzenleme yapılabilir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, yüklenicinin sözleşmeden beklediği maddi menfaatlerin kamu yararına ağır basan nedenler içerisinde değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Burada bir diğer öneri olarak da sözleşmenin belli bir aşamaya getirilmiş olması kriteri getirilebilir. Biraz önce DSİ adına konuşan Sayın Yalçın ve KGM adına konuşan Sayın Kıran bahsetti, 4735 sayılı Yasa’nın 21’inci maddesinde sözleşme imzalandıktan sonra yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu anlaşıldığında, gerçekleştirilen iş miktarının sözleşmenin %80’ne ulaşması söz konusuysa sözleşme feshedilmemektedir. İhale sürecine ilişkin yargı kararı nedeniyle ortada böyle bir ağır hukuka aykırılık durumu olmadığı halde ve işin gerçekleşme oranına bakılmaksızın sözleşmenin feshi gereği ortaya çıkıyor. Böyle bir durumda, örneğin, sözleşmelerde gerçekleşme oranının belli bir yüzdeye ulaşması halinde, -örneğin, %50 gibi-

sözleşmenin feshedilmeyeceği yönünde düzenleme yapılabilir.

Sözleşmenin feshedilmeyeceğine yönelik düzenleme yapılması halinde, ihale işlemlerinde yapılan mevzuata aykırılık nedeniyle ihaleyi kazanma şansını kaçıran istekliye sınırlı bir tazminatın ödenmesi öngörülebilir. Tazminat miktarının tespitinde isteklinin ihaleye katılmak için yapmış olduğu masraflar, idari başvuru ve yargı mercilerine yapmış olduğu başvurularla ilgili yaptığı harcamalar dikkate alınabilir. Burada gözetilmesi gereken husus hem sözleşmenin feshi hem de tazminatın aynı anda olmayacağıdır.

Mevcut durumda, konuya ilişkin yasal düzenleme olmadığı için hem elinden sözleşmesi alınan yüklenici hem de sonraki yüklenici tarafından idareye karşı çeşitli tazminat davaları açılmaktadır. Açılan davalarda genellikle sözleşme bedeli üzerinden taleplerde bulunmaktadır. Eğer mahkemece hem elinden sözleşmesi alınanın mahrum kaldığı kâr hem de ikinci yüklenicinin ilk yüklenici tarafından gerçekleştirilen iş kısmı üzerinden mahrum kaldığı kâr şeklinde bir yaklaşımla tazmin kararı verebileceği göz önüne alındığında, idarece mükerrer ödeme yapılmış olacaktır ki mükerrer ödeme yapılması halinde kamu zararının gündeme gelmesi kaçınılmaz olacaktır. İşte bu alanı düzenlediğimizde, bu tip uygulama riskleri de ortadan kalkmış olacaktır.

Bu alanda son olarak sözleşmenin iptal edilmesi hâlinde sözleşmenin imzalanma aşamasında ödenen giderlere ilişkin olarak -KİK payı, noter tescil onay masrafı, karar pulu ve sözleşme damga vergileri- sözleşmenin yararlanılmayan kısımlara isabet eden tutarın iadesine yönelik düzenlemeler yapılabilir.

Beni sabırla dinlediniz, hepinize çok teşekkür ediyorum.

2. OTURUM

SORU CEVAP BÖLÜMÜ



Av. Ali Rıza Yücel

İbrahim Bey'e canlı ve diri sunumları için teşekkür ediyoruz. İlk soruyu İbrahim Bey'e ben aktarmak istiyorum. Sözleşmenin iptali hâlinde mahkeme kararı lehine çıkan kişi, sözleşmeyi imzalamazsa ne olacak durum? Çünkü teklif geçerlilik süresi geçti, süreler çoktan aştı, ne olacak? Sorumluluğu nedir?

İbrahim Baylan

Sayın Yücel'in sorusu anlatmaya çalıştığım konunun devamına ilişkin, yargı kararının sözleşmeye etkisini anlattım ama uygulamanın nasıl yapılacağı konusu sunumun içeriğinde yer almadığından, soru üzerine konuyu biraz detaylı açıklayalım.

Konuya ilişkin olarak mevzuatta düzenleme bulunmamaktadır. Kamu İhale Genel Tebliği'nin 16'ncı maddesinde yapılan açıklamalar bu konuya ilişkin değildir.

İptale veya yürütmenin durdurulmasına ilişkin yargı kararı üzerine, Kamu İhale Kurulu tarafından yeni bir karar alınarak idarelere bildirilmektedir. İdarelerce, KİK kararının tebliği üzerine öncelikle yükleniciye çalışmaların durdurulması için başka bir ifade ile sözleşmeyi askıya alacak biçimde yazılı bildirimde bulunulması, kararın gerekçesine göre ihale komisyonu tarafından gerekli işlemlerin yapılması, örneğin, teklif geçerlik süresi dolmuş ise geçerli teklif sahiplerine teklif geçerlilik sürelerini uzatmalarını, aynı şekilde geçici teminat süresini uzatmaları için yazı yazılması, gelen cevaplardan sonra yeni bir değerlendirme yapması şeklinde pratik uygulama gelişti.

Burada yeni sorun karşımıza çıkıyor; idarece geçerli teklif sahibi isteklilere yapılan bildirim üzerine ihaleyi kazanma şansı olmayanların idarenin bildirimine uymamaları halinde, bu isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı

birakılması gerekecek mi? Buna bağlı olarak aşırı düşük teklif sınırı değişecek mi? Şahsi kanaatime göre, artık bu aşamada değişmemesi gerekir çünkü böyle bir sonucun yargı kararını etkisizleştiren bir rolünden söz edilebilir.

Kaldığımız yerden devam edecek olursak, ihale komisyonunca yapılan değerlendirme sonucu alınan karar, ihale yetkilisinin onayına sunulur ve kesinleşen ihale kararı taraflara bildirilir. Söz konusu bildirim üzerine şikayet ve itirazın şikayet süreci yeniden başlatılabilir ve Kurul kararına karşı yeni bir dava açılabilir. Bekleme süresi içerisinde şikayet başvurusu olmazsa, komisyon kararıyla yüklenici değişmişse, yeni yüklenici ile sözleşme imzalanır, yeni yüklenici bildirimine rağmen gelmez ise 4734 sayılı Yasa'nın 44 ve 58. maddeleri uygulanır. Yani geçici teminatın gelir kaydedilmesi, altı aydan az, bir yıldan fazla olmamak üzere yasaklama işleminin uygulanması gerekmektedir. Yüklenici değişmez ise sözleşmeye kaldığı yerden devam edilir.

Bir diğer senaryo, ihale komisyonunun davetine rağmen sadece işi yürüten yüklenici geldi? Yapacak bir şey yok. Bu durumda, komisyon karar alacak, bütün bunları gerekçelendirecek, yükleniciye de "Sözleşmeye devam et." diyecek. Pratik bizim önereceğimiz yol bu. Eğer başka öneriler varsa onları da konuşabiliriz.

Bir Katılımcı

Peki, burada diyelim %50- %60 mertebesinde iş yapılmış. Şu andaki sözleşme %60 üzerinden geri kalan işler üzerinden mi yapılacak, yoksa başlangıçtaki sözleşme bedeli üzerinden mi yapılacak?

İbrahim Baylan

Yüklenicinin değişmesi hâlini mi soruyorsunuz?

Bir Katılımcı (Devamla)

Evet.

İbrahim Baylan

İlk teklifi geçerli, yeni teklif alınmaz. İlk teklif bedeli esas alınarak kalan kısım üzerinden sözleşmenin imzalanması gerekmektedir.

Bir Katılımcı

Bununla bağlantılı bir şey sormak istiyorum. Şimdi, ihaleyi siz aldınız, ihale sizde, ben dava ettim. Dava sonucunda sizin teklifinizin değerlendirme dışı kalması sonucu ortaya çıktı. Şimdi, karar benim lehime, ben teklif geçerlilik süresini uzatmadım. Bu durumda siz şunu söylediniz değil mi ben yanlış anlamadıysam eğer: Ben teklif geçerlilik süremi uzatmadıysam idare, sizinle sözleşmeye devam edebilir? Ben öyle anladım.

İbrahim Baylan

Yukarıda anlattığım senaryo, yüklenicinin teklifinin geçerli olduğu duruma ilişkin. Eğer yargı kararı yüklenicinin teklifinin geçersiz olduğuna, ihalenin iptaline, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen temel ilkelere aykırı bir durumun varlığının tespiti ya da belli istekliler arasında ön yeterlilik aşamasında, ön yeterlik değerlendirmesi işleminde hatalı işlemin tespitine yönelik ise uygulama anlattığım gibi olmayacaktır. Sayılan durumlarda, sözleşmenin hükümsüz sayılması gerektiği açık.

Bir Katılımcı (Devamla)

Peki, benim lehime ise?

İbrahim Baylan

Sizin daha düşük teklif fiyatını vermiş olmanız gerekir, sizin ve yüklenicinin teklifinin geçerli olduğu durumda, yukarıda anlatılan şekilde uygulama yapılmalı.

Bir Katılımcı (Devamla)

Benim teklifim, sizden yüksek ama sizin de değerlendirme dışı kalmanız gerekiyor ki ihale bende kalsın. Ama böyle bir durumda o zaman nasıl yapacağız biz? Yani bunu söylerken, bunu böyle ayrıntılı söylememiz lazım çünkü yanlış anlamalara sebebiyet veriyor. Dolayısıyla burada şöyle bir sonuç ortaya çıkacak, sizin bu ifadenizden: Bu durumda, eğer sizin teklifiniz benden düşükse benimki yüksekse benimle sözleşme imzalanabilmesi için sizin teklifiniz geçersiz olduğu durumda, idare geçersiz bir teklifle sözleşmeyi yürütme durumunda kalacak bu durumda. O zaman da mümkün değil o.

İbrahim Baylan

Şüphesiz. Buradaki kabul, halihazırda yüklenicinin teklifinin geçerli olduğu duruma ilişkin. Yoksa

yargı kararında yüklenicinin teklifinin geçerli olmadığı belirtilmiş ise zaten sözleşmenin feshi gerekmektedir. Yukarıda anlatılan durumda ise yüklenicinin teklifi geçerli. Bu durumda, hani hemen feshetme bekle. Düşük teklif sahibinin gelmediği veya yüklenicinin teklifinin geçersiz olduğu durumlarda Kanun'un ilgili maddelerine göre, ihale komisyonunun veya ihale yetkilisinin zaten ihaleyi iptal yetkisi var. Bu yetkiyi kullanmak yerine sözleşmeyi tamamlatma şeklinde de irade kullanabilir.

Ahmet Çelik

Demin anlattığınız benzer ihalenin baraj olduğunu düşünelim. Belli koda kadar bir müteahhit yaptı, üst kodunu da başka bir müteahhit yaptı. Sorumlulukları nasıl dağıtacaksınız orada?

İbrahim Baylan

Hukukta temel bir yaklaşım vardır, herkes kendi yaptığı kısımdan sorumludur. Burada yüklenicinin değişmesi durumunda idarenin yapması gereken öncelikle bir durum tespit tutanağı düzenlemektedir. Durum tespit tutanağında, eksik olduğu belirtilen kısımları ve görünen ayıpları tamamlatacak. Çünkü bazen yapım işlerinde, "Hadi çık" demekle iş sahasından çıkılmaz. Güvenlik tedbiri alınması veya işin belli bir seviyeye getirilmesi veya bazı imalatların belli bir süreyle korunması gibi teknik zorunluluklar ortaya çıkabilir. Ayrıca ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkların önlenmesi için mahkeme vasıtasıyla tespit yaptırılması uygun olur, aksi hâlde, bu dediğiniz tartışma ve iddia bitmez.

Es Proje- Salih Bilgin Akman

Eğer böyle iki tane müteahhide bir bütün yapıyı bitirtecekseniz, bu yapıların teknik sorumluluğunu belirleme imkânı yoktur. Dolayısıyla hukukun bunu çözmesi lazım. Demin söylediniz, yasada bunların çok açıkça belirlenmesi lazım. Şu anda çok ciddi problemimiz var.

Av. Bilge Kaya

Mahkeme kararı sonucu ihalenin iptali kararı üzerine, yüklenicinin sözleşmenin feshi hâlinde iş bitirme oranı %80'in üzerindeyse ne yapılır? İş bitirme oranı %90'ın üzerindeyse ne yapılır? İdare, bu durumda sözleşmeyi feshetmeyip işin kalanını aynı yükleniciye yaptırabilir mi? Fesih prosedürü nasıl işler? Yüklenicinin alacakları, zararları ne şekilde karşılanır?"

İbrahim Baylan

Danıştay içtihadı birleştirme kararını özellikle almıştım. Az önce de ifade ettiğim üzere, teorik olarak işin hangi seviyede olduğuna bakılmaksızın sözleşmenin feshi gerekmele birlikte, pratikte

bazı özel durumların ortaya çıktığını da az önce ifade ettim.

Av. Bilge Kaya

Her halükârda kalan işi ihale edecek.

İbrahim Baylan

Elbette, ikmal için 4734 sayılı Kanun'da düzenlenen usullerden birisi ile ihaleye çıkacak.

Av. Bilge Kaya

Tamam.

İbrahim Baylan

Yapım işleri ve hizmet işleri için fiilî ve hukuki imkânsızlık biraz zor ancak mal alımlarında, şöyle bir durumla karşılaşabiliyoruz; mal alımına konu alım örneğin, makine ise makine alınmış, işletmeye alınmış, alıma konu ilaç ise hastane ilacı almış kullanmış olabilir. Böyle bir durumda fiilî ve hukuki imkânsızlıktan söz edilebilir. Yapım işlerinde çok karşılaşabileceğimiz bir durum olmamakla birlikte, yargı kararı verilinceye kadar sözleşme konusu iş tamamlanmış olursa burada da fiilî ve hukuki imkânsızlıktan söz edilebilir.

DSİ Barajlar Daire Başkan Yardımcısı -Semih Vural

Pratiğe olan övgünüzden dolayı bahsedeyim. Pratikte tabii ki biz bunlarla çok karşılaşıyoruz. Yani bir işle ilgili bir Danıştay kararı geldiği zaman otomatikman o sözleşme biliyorsunuz, fesholmuş oluyor, tasfiye sürecine giriliyor. Tasfiye sürecine girildiği zaman, bir tasfiye kabul komisyonu kuruluyor. Bu tasfiye kabul komisyonu, gidiyor ve işin fiilî durumunu inceliyor. O da zaten mevzuatta da vardır. Tasfiye kabul komisyonu, işin durumunu incelediği zaman, işin ölçülebilirliği, teknik açıdan yapılması gerekli olan imalatları belirler ve buna göre yaptırabilir.

Biraz önce örnek olarak sordunuz. Biliyorsunuz, bizim sınır barajlarımız var, "Güvenlik barajları" olarak geçiyor. Burada da mesela, bir Danıştay kararı çıktı. Danıştay kararı gereği, sözleşmenin feshedilmesi gereği doğdu. Yalnız Genelkurmayın bir yazısı var bu işin güvenlik açısından devam etmesiyle ilgili. Biz de güvenlik ve teknik açıdan belli bir seviyeye getirmesi için bir karar aldık, o şekilde de devam ediyoruz. Peşinden de sözleşmeyi feshedip tasfiye edeceğiz. Öyle bir örnek de vereyim istedim.

Prof. Dr. Ziya Akıncı

Yüklenicinin iflas etmesi hâlinde, sözleşmenin feshi için ilk mahkemenin iflas kararı yeterli midir yoksa onama süreci beklenmeli midir?

İbrahim Baylan

4735 sayılı Kanun'da yüklenicinin iflas etmiş olması, sözleşmenin feshi sebebi olarak sayılmış.

Ancak sözleşmenin feshi için mahkeme kararının kesinleşmesinin beklenip beklenmeyeceğine ilişkin olarak bir düzenleme yok. Konunun İcra ve İflas Kanunu çerçevesinde değerlendirilmesi gerekiyor. Bildiğim kadarıyla iflasa ilişkin ilk derece mahkemesi kararların uygulanması için kesinleşme şartı yok, dolayısıyla ilk derece mahkemesince verilen iflas kararı uygulama kabiliyeti olan bir karar olduğu için onama kararını beklemeden sözleşmenin feshi gerekmektedir.

Bir Katılımcı

Arkadaşlar, tabii sektörün sorunları büyük, mevzuat da çok karmaşık. Belli şeylerin açıklanmasında fayda gördüğüm için söylüyorum.

Sözleşmenin tasfiyesinde, yani yargı kararıyla sözleşmenin tasfiyesinde, Yapım İşleri Genel Şartnamesinde yer alan düzenlemede tasfiye geçici kabulünün yapılacağı söyleniyor. Tasfiye geçici kabulü yapılacak ve birinci yüklenici ile bağ koparılacak. İkinci yüklenici ile yani yargı kararıyla sözleşme imzalanan yüklenici ile sözleşme bedeli yine teklif bedeli ne ise o olacak ancak sözleşmede, "Diğer hususlar" bölümüne, daha önce ilk yüklenicinin yapmış olduğu ve onun kesin hakediş raporunda ödenen bedelinden oranlanmak suretiyle ikinci yüklenicinin yapacağı işler tutarının belirlenmesi gerekiyor, "Diğer hususlar" bölümüne derç edilecek. Bu niye derç edilecek? Bunun derç edilmesinin sebebi, varsayalım ki sigorta bedeli. Toplam sözleşme bedeli üzerinden sigorta yaptırmak zorunda kalmayacak.

Burada ana nokta, işlerin sürekli bir şekilde ilk yüklenicinin hesabının kesilmesi ve ikinci yüklenici ile sözleşme imzalanmasına imkân tanınması.

Bir hususu daha hatırlatmakta fayda var: Ödenek yetersizliği nedeniyle verilen süre uzatımlarında, sadece günlük harcamaya dayalı süre belirlenmesi yapılmaz arkadaşlar. Eğer günlük harcamaya dayalı süre belirlenmesi yapar isek varsayalım ki günlük harcamaya düşen gün bir gün, oysa bizim bir günde harcayacağımız imalat beton imalatı. Biliyorsunuz, beton imalatında kalıp alma süresi en az yedi gün. Dolayısıyla ödenek aktarmaları nedeniyle yani ödenek yetersizliği nedeniyle verilecek süre uzatımlarında işin niteliğini de yani süre uzatımına konu olan işin niteliğini de dikkate almamız gerekiyor.

Av. Ali Rıza Yücel

Teşekkür ederiz.

Kamu İhale Kurumu- Mustafa Kemal Durak

İş artışı sınırlarının aşılacağı önceden anlaşılırsa 4735 sayılı Kanun'da işin tasfiye edileceği ancak bu durumda, yüklenicinin işi tamamlamak

zorunda olduğu ifadesi yer alıyor. Bu hükümdeki işi tamamlamak ibaresini, sözleşme bedelinin %100'nü tamamlamak şeklinde algılamak ne derece doğru olur? İş artışı yapılacak hususlar ihale konusu işin ihale dokümanlarında belirtilen şartlara uygun olarak tamamlanmasına cevaz vermeyen nitelikte ise işin tamamlanması fiilen mümkün olmayacağı için (örneğin, kazı miktarındaki fahiş artış halinde işin tamamının iş artışı sınırları dahilinde yapılamayacağı anlaşıldığından) işin derhal tasfiye edilmesi gerekmez mi?

Bu durumda, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin hususlar saklı kalmak kaydıyla yüklenicinin zararının karşılanması mümkün olabilir mi?

İbrahim Baylan:

4735 sayılı Yasa'nın 24. maddesi, ilk sözleşme bedelinin tamamlanması kriterinden hareket ediyor. Bu duruma göre madde ifadesinden, yüklenicinin her durumda ilk sözleşme bedelini tamamlaması gerektiği, iş artışına gidilebilmesi için artışın yapılması halinde sözleşmenin tamamlanacak olması, buna karşılık artışa rağmen sözleşme tamamlanamayacak ise iş artışının yapılmaması gerektiğini anlıyorum. Buna göre, her durumda yüklenici ilk sözleşme bedeli kadar iş yapar, artışa rağmen iş tamamlanamayacak ise artış yapılmadan iş tasfiye edilir.

Ali Rıza Kıran

Sayın Başkanım, ilk sizin bir sorunuz vardı, gecikme cezası sözleşme bedeli üzerinden mi yoksa toplam sözleşme bedeli üzerinden mi kesilmesiyle ilgili.

Burada sözleşme bedeli üzerinden kesilmesi gerektiği, yasada da bu şekliyle tanımlanmıştır.

Ayrıca, Kamu İhale Kurumundan Erkan Özdemir Bey'in sorusu var. "İş artışında damga vergisi alınıyor mu?" Evet, binde 9,48 damga vergisi alınmakta.

Av. Ali Rıza Yücel

Buyurun Ziya Hocam

Prof. Dr. Ziya Akıncı

Teşekkür ederim. Önce sizin sorunuzdan başlayayım, saha teslimiyle alakalı olarak

Saha tesliminde, kuşkusuz eğer saha teslim edilmediyse yüklenici, bundan kaynaklanan zararını isteyebilir. Zira düşünün, yüklenici işe başlayacaktır, mühendisleri tutmuştur, ekipmanını kiralamıştır, her ay leasing kirası ödüyor ama saha bir türlü teslim edilmediği için ilave masrafları olduğunda bunu doğal olarak isteyebilir. Ama bazen kısmi saha teslimi yapılır. Örneğin,

kamulaştırmanın bir kısmı gerçekleşemez. Bu gibi durumlarda eğer işin yapılmasına engel bir durum yoksa yani yüklenici, kısmi saha teslimi yapılsa dahi işi yapabiliyorsa o zaman herhangi bir ek süre veya ek ücret talep edemez.

Bunun dışında, tabii ki saha teslim edilmedi diye bu yüklenicinin tamamen atıl kalması anlamına gelmeyebilir. Örneğin, bazı işleri –projelerin hazırlanması gibi- saha teslim edilmeden de yapılabilir. Dolayısıyla bütün bunların dikkate alınarak karar verilmesi gerekir ama prensip olarak saha tesliminde gecikme varsa ve bu ek süre ve ek ücrete yol açıyorsa bunu, yüklenici talep edebilir.

İnelan İnşaat A.Ş.- Duygu Saka

Bir Türk, bir Çinli ortaklıktan oluşan adi ortaklıkta, Türk alt yüklenici arasında çıkan uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak ICC belirlendi. Alt yüklenici sadece Türk ortağa karşı Türk mahkemelerine dava açtı. Türk ortak tek başına tahkim şartı ileri sürebilir mi?

Prof. Dr. Ziya Akıncı

Öncelikle, adi şirket söz konusu olduğunda, biliyorsunuz mecburi dava arkadaşlığı var. Dolayısıyla Türk ortak mecburi dava arkadaşlığından dolayı sadece kendisine karşı dava açılmasına itiraz edebilir. Bunun dışında, adi ortaklıkla yapılan sözleşmede tahkim şartı bulunduğu gerekçesiyle tahkim ilk itirazında bulunabilir.

Duygu Saka

Bir Arap firması ile Türk firması arasında ortaklık kuruluyor. Tahkim yeri olarak Riyad Hakem Heyetinin vereceği kararın Türk kamu düzenine aykırı olması nedeniyle geçersizliği ileri sürülebilir mi? Bu temel adalete aykırılığın nedeni nedir?

Prof. Dr. Ziya Akıncı

Yargıtay'ımızın bir kararı var, diyor ki "Uyuşmazlık Moskova Tahkim Odasında çözülecek ve Moskova Tahkim Odası tarafsız bir tahkim enstitüsü değil, o sebeple kamu düzenine aykırılık vardır diye yapılacak bir itiraz kabul edilemez. Çünkü kamu düzenine dayanabilmek için somut olayların olması gerekir. Dolayısıyla Moskova Tahkim Odası yetkili, bunlar tarafsız değil gibi soyut bir iddiayla kamu düzenine aykırılığa dayanamazsınız." Aynı prensiple burada Riyad Hakem Heyeti bakacak dolayısıyla "Kamu düzenimize aykırıdır." denemez. Ancak somut vakıaların olması gerekir. Örneğin, "Bana hakem atama hakkım verilmedi.", "Hakem müzakerelere alınmadı.", "Delillerimi sunamadım." gibi somut vakıalar varsa kamu düzenine dayanılabilir.

İnelan İnşaat A.Ş.- İlkim Emel Aksoy

İtirazın iptali tahkime elverişli midir?

Prof. Dr. Ziya Akıncı

Bu tartışmalı bir konu. Benim hakem olduğum pek çok davada, itirazın iptali davasına tahkimde baktık, "Tahkime elverişli" dedik. 15. Dairenin kararları var. Hatta 15. Dairenin kararlarında hakemlerin inkâr tazminatına dahi hükmedebileceğini söylüyor. Hatta o kararında diyor ki "Dairemizin müstakar kararları uyarınca hakemler icra inkâr tazminatına hükmetme yetkileri bulunmaktadır." Usul hocalarından birkaç tanesi, itirazın iptali prosedürünün icra mekanizmasının bir parçası olması sebebiyle hakemlerin yetkili olmayacağını, tahkime elverişli olmadığını söylüyor. Buna katılmak mümkün değil çünkü buna katıldığımız zaman tahkim müessesesini bitiririz. Zira tahkimden kaçmak isteyen herkes, tahkim anlaşması yapmasına rağmen, önce icraya başvurur, ondan sonra itirazın iptali davasında da der ki "Tahkime elverişli değil, dolayısıyla bizim aramızdaki alacak iddiaları tahkimde değil, mahkemede çözülür." Dolayısıyla benim hakem olduğum bütün ihtilaflarda biz tahkime elverişli olduğuna hükmettik ve bu kararlar da Yargıtayda bir problem olmadı, onaylandı. 15. Dairenin de bu konuda çok güzel kararları var.

İlkim Emel Aksoy

Bir Bulgar ile Türk arasındaki uyuşmazlıkta, tahkim anlaşmasını imzalayan Türk vatandaşı ise bizim Borçlar Kanunu'muzdaki tahkim özel yetkisi bulunmadığına dayanarak acaba tahkim şartının bağlayıcı olmadığı ileri sürülebilir mi?"

Prof. Dr. Ziya Akıncı

Biliyorsunuz, bizim Borçlar Kanunu'muzun değişik 504. maddesinde de tahkim için özel yetki aranıyor. Dolayısıyla genel yetkiniz olsa dahi tahkim anlaşması yapmak için mutlaka özel yetkiye gerek var. Sizin somut sorunuzda, Türk vatandaşına ehliyetle Türk hukuku uygulanacağı için özel tahkim yetkisi olmadığı sebebiyle gerçek kişi vekilin tahkim anlaşması yapma yetkisinin olmadığı hususunda bir itirazda bulunulabilir.

İlkim Emel Aksoy

Bir davada tahkim şartı olmasına rağmen, mahkemede dava açıldıysa fakat davalı bir taraftan tahkim ilk itirazında bulunurken diğer taraftan mahkemenin yetkisine itiraz etmişse artık tahkim iradesinin ortadan kalktığı söylenebilir mi?

Prof. Dr. Ziya Akıncı

Evela, bunu yapmamak lazım çünkü hakikaten Yargıtayımız bu konuda çok hassas. Ama ona rağmen, eğer tahkim ilk itirazında bulunduysa

artık davalının "Bizim aramızda tahkim anlaşması var, bu davaya mahkemede bakılamaz." itirazı gerçekleşmiştir. Belki bir alternatif olarak... Kaldı ki bu itirazınız reddedilse dahi zaten, "Yetkili mahkeme filanca mahkemedir" demek söz konusu olabilir alternatif olarak. Ama daha da iyisi bunu yapmamak. Enteresan bir konu. Bunu kitabımın yeni baskısında da yazacağım, aklıma gelmemiştii, itiraf edeyim.

KİK Üyesi Köksal Sarınca

Benimki soru değil de bir görüş. İbrahim Bey'in konusuyla ilgili, bu yargı süreçleri nedeniyle aynı ihalede idare bazen üç, beş, hatta yedi firmayla sözleşme yapmak durumunda kalıyor. Hatta burada DSİ, Karayolları temsilcileri var. Mesela, 2016 yılında DSİ'nin ve Karayollarının bu yargı kararları nedeniyle birden fazla sözleşme yapmak durumunda kaldığı kaç tane ihalesi var. Yani bizim, bu yargı kararlarının sözleşmenin uygulanmasına etkisine ilişkin bir düzenleme yapmamız gerçekten bir ihtiyaç mı? Mesela, bunun bir sayısını verebilir misiniz? Ben merak ettiğim için sordum da.

Ali Rıza Kıran

Elimizde net veri yok ama tahmini her bölgede 2 tane olsa, 17 bölgemiz var, 34 tane böyle bir el değişimi olmuş olabilir.

Köksal Sarınca

Bu konuyla ilgili benim bir önerim var. Şimdi, buradaki sorunun kaynağı aslında idarenin aynı ihalede üç, beş, yedi tane firmayla sözleşme yapmasında, asıl sorunun kaynağı yargı süreci. Yani Kamu İhale Kurulunun verdiği kararlar nedeniyle idare birden fazla istekli ile sözleşme yapmak durumunda kalmıyor. Yargı kararlarından dolayı idare üç tane, beş tane, yedi tane firmayla sözleşme yapmak durumunda kalıyor. Çünkü idare mahkemesi bir karar veriyor, Danıştay aksine karar veriyor, o kararı beğenmeyen üç - beş istekli dava konusu yapıyor, kendisi lehine bir karar aldığında, örneğin, en alttaki bir firmanın açtığı davada eğer lehine bir karar çıkmışsa onunla sözleşme yapmak durumunda kalıyor. Burada aslında sorunun kaynağı, yargı aşaması olduğu için... Aslında bizim burada şuna kafa yormamız gerektiğini düşünüyorum: Eğer böyle bir sistem kurulabilirse yargılama aşamasının da henüz ihale süreci içerisinde bitirilmesi. Yani idareler bir ihaleyle ilgili uyguladığı karar, örneğin, Ankara İdare Mahkemesi ya da Danıştay'ın kararından sonra Kamu İhale Kurumunun aldığı MK kararı üzerine bir işlem tesis etmesi değil de mahkeme nihai olarak eğer ihale süreci içerisinde yargı kararını uygularsa... Artık ondan sonra farklı bir karar ortaya çıkmayacağı için yargı kararı uygulanacağı için artık idarenin, örneğin, üçüncü, beşinci kişilerle sözleşme yapma durumu ortadan kalkacak gibi.

Peki, bu nasıl olacak? Benim buna ilişkin iki tane önerim var ama bunun da artıları, eksileri var. Mesela, bir tanesi şu: İdareyi şikâyeti kaldırabiliriz. Mesela, idare mahkemesini devre dışı bırakıp Kamu İhale Kurumunu bir özel ihtisas mahkemesi hâline dönüştürüp kararları direkt Danıştay'a YD talepsiz verildiği anda karar kesinleşecek, karar düzeltme olmayacak.

Ya da şu da olabilir ama bunlar tabii hep kanuni düzenlemesi olabilecek şeyler. Mesela, Kamu İhale Kurumunu ve ilk derece idare mahkemelerini de devre dışı bırakıp kararlara karşı direkt Danıştay'da dava açılır, işte YSK'daki gibi. "Verildiği anda kararları kesindir" gibi. Yani buna aslında biraz kafa yormak lazım ama bu benim söylediğim şeylerin de aslında artısı ve eksileri var. Eğer yargılama aşamasında henüz ihale aşamasında bitirilebilirse aslında bu idarenin birden fazla istekli ile sözleşme yapması da önlenmiş olacak gibi geliyor. Ama buna biraz kafa yormak lazım, dediğim gibi artıları, eksileri var. Mesela, İbrahim Bey'in önerisinde şey vardı... Aslında çözüm önerileri kötü değil ama orada da şöyle bir şey var: Mesela, iş yapılmış, %80'ine gelmiş, kişinin teklifi geçersiz ise hani, "Kalan kısım için sözleşmeye devam edilebilir." deniyor ama orada da şöyle bir şey var: Şimdi, A firması işin %80'ini yaptı, B'nin açtığı davada A geçersiz teklif hâline gelirse daha ihaleyi bile alamayacak bir kişinin, üzerine ihale bırakılmayacak bir kişiye biz o aşamada geçersiz bir teklif işi nasıl yürüteceğiz? Bu da bir açmaz. O yüzden, biz, eğer yargılama sürecini de henüz ihale süreci içerisinde bitirebilirsek, böyle bir sistem kurabilirsek aslında idareleri en çok rahatlatacak sistem değişikliğinin bu olduğunu düşünüyorum. Çünkü diğer türlü o önerilerde de artılar, eksiler var. Benim söylediğimde de var ama biraz kafa yorulması gerektiğini düşünüyorum.

Av. Ali Rıza Yücel

Efendim, teşekkür ederiz.

Son sözünüze takıldım da yargılama sürecinin ihale süreci içerisinde bitirilmesi hadisesi, çok zor bir hadise. Çünkü yargılama süreci zaten ihale sürecinin bitmesinden sonra devreye giren bir süre oluyor, bu bir.

İki, İbrahim Bey demin dedi ki "Yargılama süreci hızlandı, şimdi bir yılda bitiyor." Yani en iyi ihtimalle bir yılda bitiyor. Dolayısıyla ihaleler çok gecikir.

Bunun yanı sıra... Kuşkusuz bunların tümünün masaya yatırılması lazım.

Köksal Sarınca

Bir öneri olarak söyledim. Şimdi, ivedi yargılamada da mesela, idarenin, beş tane, altı tane firmayla sözleşme yapmasının önüne geçilemedi hâlâ.

Yani ivedi yargılamada da idare yargı kararları nedeniyle, örneğin, Ali'den alıyor Veli'ye veriyor, Veli'den alıyor Hasan'a veriyor. Bu durum hâlâ devam ediyor. Benim söylediğim şey o.

Av. Ali Rıza Yücel

Tabii. İzin verirsiniz şunu söyleyeyim: Kamu İhale Kurumu da bu yargı kararlarını göz önüne alarak, nelerden iptal kararlarının yargıdan dönmesini göz önüne alarak o hususları daha dikkatli bir şekilde incelemesi gerekir. O konuda da onlar tedbir alabilir diye düşünüyorum.

Tabii bunlar düşünce. Bunların tümünün masaya yatırılması lazım. Zaten bugünkü toplantının amacı da buydu.

Şadiye Hanım, buyurun.

Alptekin İnşaat- Fuat Susam

İdarenizde, kuruluşundan bu yana ne kadar iş ihale edilmiştir?

Şadiye Yalçın

Bu verileri vermek çok zor ama 2000'den sonrası için yapıldı bu istatistikler, var elimizde.

Fuat Susam

Feshe sebep olan etkenler nelerdir? Müteahhit seçiminden kaynaklı hatalar mı? Yapılan sözleşmelerin yaptırımında sıkıntı var mıdır?, Birim fiyat tanımlamaları tesisli midir? Piyasada oluşan fiyatların etkisi ne kadardır?

Şadiye Yalçın

Bizim son iki yılda yaptığımız fesihlerin en büyük sebebi, firmamızın mali acz içinde olması. Mali acz sebebiyle işi yürütememesi, çok açık bir şekilde fesih sebebi olarak feshe gidiyor. Yani bunun dışında çok ekstra vereceğim bir örnek yok, son iki yılda yapılan fesihlerde. Ama öncesi için istatistiklere bakar size de ayrıca yazılı olarak bilgi veririz.

İnelşan İnşaat A.Ş.- Duygu Saka

DSİ ve TCK işlerinde %20 iş artışının yaklaşık maliyete göre hesaplanması mümkün müdür?

Şadiye Yalçın

Bu iş artışı konusu, sözleşme imzalandıktan sonra, 4735 sayılı Kanun'la birlikte devreye giriyor. Bu nedenle bu iş artışlarının sözleşme bedeli üzerinden hesap edilmesi... Yaklaşık maliyet de zaten sözleşme sonrası iliştiğimiz kesildiğinden dolayı sözleşme bedeli üzerinden yapılıyor.

Özkar İnşaat - Ferayi Kayıket

%80'ine gelen bir işte iş %100'e geldiğinde tasfiye edilmesine karar verilmiştir, şeklinde olur alınıyor.

İşin kalan %20'sinin yapımı devam ediyor. Ama idare işin tasfiyesine olur tarihinde karar verildi, tasfiyeden sonra hakediş yapamayız, diye hakediş yapmadı; yorumunu rica ediyorum.

Şadiye Yalçın

Detaylı konuşmak lazım ama. Burada bir olur alınmış %80'inde iken "%100'üne gelindi." diye.

Feray Kayıket

Tasfiye edilmesi diye.

Şadiye Yalçın

Tasfiye oluru alınmış ama protokol değil, herhâlde.

Feray Kayıket

%17 iş artışı olduğu, "Bu işin %100'ü dolduğunda tasfiye edilmesi uygundur." şeklinde.

Şadiye Yalçın

%17 olmasına rağmen mi?

Feray Kayıket

Yani %17 iş artışı oldu, %117'ye ulaştı keşif bedeli. %100'ü tamamlandı...

Şadiye Yalçın

Anahtar teslim miydi?

Feray Kayıket

Evet, %10'u aştığı için %100'ü dolduğunda tasfiye edilmesi uygun görülmüştür diye... Ama olurun adı iş artışı oluru. İş artışının %17 olduğunu tespit eden bir olur ama tasfiye edilmesinin uygun görüldüğü de yazıyor aynı olurda. İşin %20'si var daha bizim yapıp da bedelini alamadığımız bedeller var.

Şadiye Yalçın

Evet, %80 desiniz, %100'üne getirmeniz gereken...

Feray Kayıket

Evet, evet. Daha iş devam ediyor.

Şadiye Yalçın

Evet, hakedişte ödemesi yapılmaz, tabii bu olur alındı denirse...

Feray Kayıket

Şimdi, tasfiye oluru alındı, tasfiye onayından sonra hakediş yapılamaz diye, bize hakediş yapılamıyor. "Kesin hakedişte alırsınız." deniyor.

Şadiye Yalçın

Yeni bir olur almak lazım Feray Hanım. Bu konu hangi dairemiz tarafından hani bu olur alındı...

Feray Kayıket

İkincisi, sizin sunumunuzda, "Tasfiye protokolü yapılmasına karar verildi." diye söz etmişsiniz.

Şadiye Yalçın

Evet, doğru.

Feray Kayıket

Bir genelgeden bahsediliyor. Zannediyorum onunla çözüyorlar. Biz dört aydır bekliyoruz hakedişimizi.

Şadiye Yalçın

Şöyle: Herhâlde bundan sonra gündeme geldi ki şimdi siz yazdıktan sonra gördüm.

Feray Kayıket

Evet, o olaydan sonra...

Şadiye Yalçın

Olur değil de biz önce protokol imzalıyoruz, %100'ünde yapılacak işler kısımlarını belirliyoruz, ondan sonrası için ihaleyi öne çekmek adına yapıyoruz. Burada bir işlem hatası olmuş. Muhtemelen bu olurun yenilenmesi gerekecektir. Yorumum bu.

Feray Kayıket

Teşekkür ediyorum.

Şadiye Yalçın – Teşekkür ederim.

Av. Ali Rıza Yücel

Efendim, gerçekten büyük sabır gösterdiniz ama tabii bu her iki tarafın, yüklenici ve idare tarafının sorunu olduğu için bunu beklemek zorunda kaldık.

Yalnız bu seminerler veya konferanslar dizimiz devam edecek. Örneğin, bundan sonraki konferansta ele alacağımız konulardan bazıları, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklının hakları, müspet ve menfi zarar kavramı, munzam zarar kavramı ve dava edilebilme koşulları, eser sözleşmelerde zaman aşımı, zaman aşımı başlangıcı, durması ve kesilmesi, sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespiti, yapı denetim hizmeti vesaire... Bunlar bazı konu başlıkları. Bunlara da devam edilecek. Bilginiz olması açısından söylüyorum ve şu ana kadar beklediniz, sabır gösterdiniz, şükranlarımı sunuyorum ve ikinci oturumu kapatıyorum.

ELLİ ÜÇÜNCÜ ÇÖZÜM ARAMA KONFERANSINDAN GÖRÜNTÜLER







ELLİ DÖRDÜNCÜ ÇÖZÜM ARAMA KONFERANSINDAN GÖRÜNTÜLER







