

BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ VE BAYINDIRLIK İŞLERİ GENEL ŞARTNAMESİNİN İRDELENMESİ

Ali Rıza YÜCEL,
İnşaat Mühendisi-Hukukçu
AYDINER İnşaat A.Ş.

1- İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE TARAFLARI

halleridir.

a- İnşaat Sözleşmesinin Tanımı:

İnşaat sözleşmesi, müteahhidin, iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında taşınmaz bir yapı eseri meydana getirip, bunu teslim etmeyi borçlandığı sözleşmedir.

b- İnşaat Sözleşmesinin Tarafları:

İnşaat sözleşmesinin tarafları müteahhit ve iş sahibidir. İş sahibi, inşaatı ısmarlayan kimsedir. Müteahhit ise ısmarlanan inşaatı yapmayı yüklenen kişidir. Doktrin ve uygulamada müteahhide "yüklenici", "ısmarlanan", iş sahibine ise "ısmarlayan", "işveren" adı da verilmektedir.

Müteahhit, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi ve özellikle anonim, limited veya kolektif şirket şeklinde bir ticari ortaklık da olabilir.

Müteahhitlerin adi ortaklık şeklinde bir araya gelip inşaatı birlikte yapmaları da olanaklıdır. Adi ortaklık şeklinde oluşturulan bu birlikteliğin uygulamada en çok görülen türleri, "joint venture=ortak girişim" ve "konsorsiyum"

Gerek ortak girişim (joint venture) ve gerekse konsorsiyum, hukuki niteliği itibarıyla adi ortaklıktır.

II- İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

İnşaat sözleşmesinde müteahhit, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bir bedel karşılığında bir inşaat yapmayı, başka bir deyişle, bir yapı eseri meydana getirmeye borçlanır.

Bu nedenle, inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı ve sürekli sözleşme benzeri bir sözleşmedir. Sözleşmenin bu özelliklerine kısaca değinelim;

1- İnşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir:

Bu sözleşmede tarafların borçlandıkları asli edimler, sözleşmenin esaslı unsurlarını meydana getirir. İnşaat sözleşmesinin esaslı noktaları ve dolayısıyla tarafların borçlandıkları asli edimler, müteahhidin meydana getirmeye borçlandığı yapı eseri ile iş sahibinin ödemeyi yüklediği ücret edimidir.

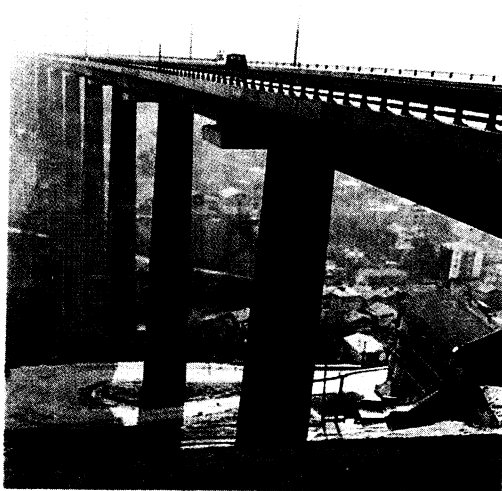
2- İnşaat Sözleşmesi İvazlı bir sözleşmedir:

İnşaat sözleşmesi ile iş sahibi belirli bir para ödemeyi, buna karşılık müteahhit de bir yapı eseri (inşaat) meydana getirmeyi ve bunu teslim etmeyi borçlanır. Müteahhidin eseri meydana getirip kendisine teslim etmesine karşılık, iş sahibi de yükleniciye belirli bir ücret (para) ödemek zorundadır. Bu unsur, İnşaat Sözleşmesinin zorunlu unsuru olup, onun ivazlı bir sözleşme olduğunu vurgulamaktadır.

3- İnşaat Sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olmakla birlikte, bazı yönlerden Sürekli Sözleşme görünümünü vermektedir.

İnşaat Sözleşmesi, niteliği itibarıyla "Sürekli bir Sözleşme" olmayıp, ani edimli bir sözleşmedir. Zira bu sözleşme ile müteahhidin borçlandığı edim, belirli veya belirsiz bir süre boyunca devam eden bir ifaya yönelmiş değildir. Borçlanılan eserin meydana getirilmesi uzun zamana ihtiyaç gösterse bile sözleşmenin bu niteliği değişmez. Ancak, uzun süreli

2.Boğaz Köprüsü
İstanbul



inşaat sözleşmelerinde müteahhidin borçlandığı edim, sürekli edimlere benzediği için, inşaat sözleşmesi doktrinde Sürekli Sözleşme benzeri bir sözleşme olarak da nitelendirilmektedir. Bunun nedeni, müteahhidin borçlanmış olduğu edimin sadece inşa eserinin tesliminden ibaret olmayıp, aynı zamanda böyle bir eserin meydana getirilişini içermiş olmasıdır. İnşa eserinin meydana getirilmesi borcu ise, taraflar arasında teslimden önce de akdi bir ilişkinin kurulmasına neden olmaktadır.

III- İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TABİ OLDUĞU ŞEKİL

İnşaat sözleşmesinin geçerliliği ilke olarak herhangi bir şekil koşuluna tabi değildir. Ancak uygulamada taraflar büyük ve önemli inşaat sözleşmelerini yazılı ve hatta resmi şekilde yapmaktadırlar, ayrıca taşınmaz bir mal satımı inşaat sözleşmesiyle birlikte tek bir işlem, tek bir belge içinde yapılmışsa resmi senet şarttır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre, genel bütçeye dahil dairelerle, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin inşaat işlerine ilişkin ihaleleri sözleşmeye bağlamaları gerekir. Bu sözleşmelerdeki imzaların noterlikçe onaylanması gerekir. Noterlikçe onay işlemi geçerlik koşuludur.

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

İnşaat sözleşmesini sona erdiren nedenler arasında ifa, keşif bedelinin büyük oranda aşılmış olması, işverenin yüklenicinin tüm zararını tazmin etmek suretiyle sözleşmeyi feshetmesi, ifanın olanaksız hale gelmesi, müteahhit ve işverenin temerrüdü nedeniyle karşı tarafın sözleşmeyi feshetmesi sayılabilir.

Şimdi bu nedenler çok kısa olarak özetlenecektir.

I) İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN İFA NEDENİYLE SONA ERMESİ
İfa, sözleşmeyi sona erdiren normal sebeptir. Müteahhit yapımını borçlandığı inşaatı, zamanında sözleşmeye uygun olarak ayıpsız bir şekilde meydana getirip, teslim ettiği, işveren de borçlanmış olduğu ücreti zamanında ve tam olarak ödediği takdirde taraflar borçlarını ifa etmiş, inşaat sözleşmesi de ifa nedeniyle sona ermiş olur.

II) KEŞİF BEDELİNİN AŞIRI ORANDA AŞILMASI SURETİYLE İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Müteahhit ile önceden yaklaşık bir şekilde tesbit edilen keşif bedeli, iş sahibinin etkisi olmaksızın, aşırı ölçüde aşılmış ise, işverenin gerek o şeyin yapımı sırasında gerekse yapımında sözleşmeden dönme hakkı vardır. (BK. md. 369). Yaklaşık maliyet tahmini, sözleşmenin yapılması iş sahibi için ilke olarak işlem temeli oluşturur.

A) ŞARTLAR

1. Yaklaşık keşif bedeli yapılmış olmalıdır.



2. Yaklaşık keşif bedeli aşırı ölçüde aşılmış olmalıdır.

3. Keşif bedelinin aşırı oranda aşılmasına iş sahibi neden olmamalıdır.

B) HÜKÜM VE SONUÇLARI

İşverenin arsası üzerinde yapılan taşınmaz inşaatta iş sahibinin seçimlik hakkı vardır. Buna göre iş sahibi, bedelden uygun bir kısmın indirilmesini isteyebileceği gibi, inşaat henüz bitmemiş ise, müteahhidi işe devam etmekten men ederek sözleşmeden dönebilir. İş sahibi, sözleşmeden dönerse, müteahhide yapmış olduğu kısım için, hakkaniyete uygun bir bedel ödemek zorundadır.

İş sahibi sözleşmeden eser tamamlanmadan önce dönebilir. İnşaa eseri tamamlanmışsa iş sahibi sözleşmeden dönemez.

III) İŞ SAHİBİNİN, MÜTEAHHİDİN ZARARININ TAMAMINI TAZMİN SURETİYLE İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİRMESİ

Taraflardan biri, haklı bir neden olmaksızın tek başına sözleşmeyi feshedemez; feshederse, diğer tarafın bu yüzden uğradığı zararın tamamını tazmin etmek zorundadır. Ancak kanun veya taraflar sözleşmede bu kuralın aksini kararlaştırabilirler. Bu konuda Yasada öngörülen en tipik istisna BK. md. 396'da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre taraflardan her biri, vekaleti her zaman geri alabilir veya bozacağını karşı tarafa bildirebilir.

BK. md. 369'a göre iş sahibi, ancak eser tamamlanmadan önce yapılmış olan kısmın bedelini ödemek ve müteahhidin zararının tümünü tazmin etmek koşuluyla tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirebilir. İŞ SAHİBİNİN sözleşmeyi sona erdirmesi için HAKLI BİR NEDENE dayanması şart değildir.

Söz konusu maddede düzenlenmiş olan sözleşmeyi fesih hakkı YALNIZ iş sahibine tanınmıştır. Müteahhidin böyle

bir hakkı yoktur. Mütahhit, inşaatı yapmak istemediği takdirde temerrüde düşer ve BK'nun 96. ve devamı maddelerine göre ifa etmemeye ilişkin hükümlere göre sorumlu olur.

İş sahibinin, sözleşmeyi fesih hakkını düzenleyen bu maddenin niteliği tartışmalıdır. Bir kısım otoritelere göre bu madde emredici bir hukuk kuralıdır; taraflar bunun aksini kararlaştıramazlar. Buna karşılık diğer bir kısım otoritelere göre ise bu hüküm düzenleyici bir hükümdür, taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler.

Biz de naçizane ikinci görüşe katılıyoruz. Gerek, sözleşme yanları arasında kurulan YARARLAR DENGESİ'nin, gerekse MK. md. 2'deki İYİNİYET İLKESİ'nin ve hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan HAKKANİYET ilkesinin bu sonuca ulaşmamızı gerektirdiği kanısındayız.

A) FESHİN KOŞULLARI

1. İnşaat (yapı eseri) henüz tamamlanmamış olmalıdır.
2. İş sahibi, müteahhide feshi bildirmelidir.

B) FESHİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. Sözleşmenin geleceğe etkili olarak sona ermesi
2. Sözleşmenin ifa edilen kısmının tasfiyesi
3. Müteahhidin tüm zararının tazmini

IV. İFA İMKANSIZLIĞI (ESERİN YOK OLMASI) NEDENİYLE İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Bk. md. 368/1'e göre, "Yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise, iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş

bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyesini isteyemez."

Söz konusu maddeye göre, inşa eserinin ifasının olanaksızlaşması ya umulmayan olaya ya iş sahibinin ya da müteahhidin bir fiiline dayanabilir.

A) İMKANSIZLIK NEDENİYLE SONA ERMENİN KOŞULLARI: 1. İnşa eserinin ifasının umulmayan bir olay nedeniyle olanaksızlaşması:

a) Genel olarak:

"Yapılan şeyin telefi=Eserin yok olması"

başlığını taşıyan BK. md. 368'e göre inşa eseri teslimden önce umulmayan bir olay sonunda yok (telef) olmuş ise, iş sahibi, onu teslim almakta temerrüt etmiş olmadıkça, müteahhit ne yaptığı eserin ücretini ve ne de masrafların ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin iflası, sözleşmeyi sona erdiren bir neden değildir.

b) Umulmayan bir olay nedeniyle ifa imkansızlığının şartları:

aa) Eser teslim edilmemiş olmalıdır:

Bu maddenin uygulanabilmesi için her şeyden önce inşa eserinin henüz TESLİM EDİLMEMİŞ olması gerekir. Yok olan eser tamamlanmış bir eser olabileceği gibi, henüz tamamlanmamış da olabilir.

Eser, teslim edildikten sonra yok olursa, risk (hasar), bu andan itibaren iş sahibine geçtiği için, hasar iş sahibine aittir.

bb) İnşa eseri "tamamen yok" veya "kısmen yok" olmalıdır: Umulmayan bir olay sonunda inşa eseri tamamen veya kısmen yok olmalıdır. Eserin kısmen yok olması, hasara uğramasıdır. İnşa eseri tamamen kayıp veya telef olmamış ve bitirilmesi de olanaklı ise, müteahhit borçlandığı eseri meydana getirip teslim etmekle yükümlüdür.

cc) Eser umulmayan bir olay sonunda yok (telef) olmalıdır: Eser, umulmayan bir olay sonunda yok olmalıdır. İş sahibi ve müteahhide yükletilemeyen her olay, umulmayan olaydır.

dd) İş sahibi mütemerrit olmamalıdır:

İş sahibi, eseri teslim alma yönünden mütemerrit olmamalıdır. İş sahibi müteahhidin ifa amacıyla sözleşmeye uygun olarak teklif ettiği eseri haklı bir neden olmaksızın teslim almazsa, alacaklı temerrüdüne düşer. İnşa eserinin yok olma riski, yani hasar alacaklı temerrüdüne düşen iş sahibine aittir.

c) Hüküm ve Sonuçları:

İnşa eserinin önce YOK olma riski, müteahhide aittir. Bu nedenle, müteahhit iş sahibinden hiçbir talepte bulunamaz; özellikle işin bedelini ve yapıldığı giderlerin ödenmesini isteyemez. Buna karşılık iş sahibi, işin devamı sırasında müteahhide bazı ödemelerde bulunmuşsa,

Güney Haliç Tünelleri
İnkapanı-Savakyapısı



.....

bunların iadesini talep edebilir.

2. İnşa eserinin ifasını iş sahibinin bir fiili veya şahsında ortaya çıkan umulmayan bir olay nedeniyle imkansız hale gelmesi;

a) Şartları:

aa) İnşa eseri yok olmalıdır.

bb) İnşa eserinin yok olması iş sahibinin bir fiilinden ileri gelmelidir.

cc) Müteahhit kusurlu olmamalıdır.

b) Hüküm ve Sonuçları:

Yukarıda sıralanan şartların gerçekleşmesi halinde müteahhit, iş sahibinden yaptığı işin bedelini; bu bedel içinde yer almayan diğer giderlerinin ödenmesini ve iş sahibinin kusurunu isbat etmesi halinde uğramış olduğu zararın, yani yoksun kalınan karın tazminini isteyebilir.

c) İş sahibinin şahsında ortaya çıkan umulmayan bir olayın eserin ifasını imkansız hale getirmesi:

İş sahibinin şahsında ve hatta hukuk alanında ortaya çıkan umulmayan bir olay, eserin ifasını olanaksız hale getirebilir. İfayı imkansız kılan umulmayan olay maddi bir olay olabileceği gibi, hukuki bir olay da olabilir.

3. İfanın müteahhidin şahsında ortaya çıkan umulmayan bir olay nedeniyle imkansız hale gelmesi:

a) İmkansızlığın şartları:

aa) Sözleşme müteahhidin kişisel nitelikleri gözönünde tutularak yapılmış olmalıdır.

bb) Müteahhit ölmüş ya da acze düşmüş olmalıdır.

cc) Müteahhit kusursuz olmalıdır.

b) Hüküm ve Sonuçları:

Yukarıdaki koşullar gerçekleştiği takdirde inşaat sözleşmesi kendiliğinden sona erer (BK. md. 371/1). Müteahhit borçtan kurtulur ve iş sahibinin bu yüzden uğramış olduğu zararı tazmin zorunda kalmaz. Böyle bir durumda iş sahibi de inşa eserini teslim almadığı için müteahhide karşı herhangi bir ücret ödemek zorunda değildir. Ancak inşaatın bir kısmı tamamlanmış ve müteahhit veya mirasçıları da bunu iş sahibine sunmuşlarsa, iş sahibi; bu kısmın kullanılması mümkün olduğu takdirde bunu kabule ve bedelini de sözleşmeye göre ödemeye mecburdur.

V) MÜTEAHHİDİN, İŞ SAHİBİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ

VI) İŞ SAHİBİNİN, MÜTEAHHİDİN İŞE VAKTİNDE BAŞLAMAMASI VEYA İŞİ GECİKTİRMESİ NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ

VII) İŞ SAHİBİNİN İNŞA ESERİNİN AYIPLI OLMASI NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ

.....

VIII) GÖTÜRÜ ÜCRETLE YAPILMIŞ BİR SÖZLEŞMEDE MÜTEAHHİDİN, OLAĞANÜSTÜ OLAYLAR NEDENİYLE İSTEMESİ HALİNDE HAKİMİN SÖZLEŞMEYİ FESHETMESİ

BK. md. 365/II'ye göre önceden tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan olağanüstü olaylar sonradan ortaya çıkar ve eserin yapılmasını engeller ya da son derece güçleştirirse, hakim takdir hakkını kullanarak ya kararlaştırılan ücreti artırır ya da sözleşmeyi ortadan kaldırır, yani fesheder.

BAYINDIRLIK İŞLERİ GENEL ŞARTNAMESİNİN İRDELENMESİ:

Bu bölümde;

2886 Sayılı Devlet İhale Kanunun 8. maddesine dayanılarak hazırlanmış olan, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin uygulanması ile ortaya çıkan bazı sorunlar üzerinde durulacaktır.

BİGŞ Md. 4/6

"İşlerin yapılacağı yerlerin müteahhide tesliminde gecikme olması halinde bu gecikme işin bir kısmının veya hepsinin zamanında bitirilmesini etkilerse sözleşmede belirlenmiş olan iş süresi, işin bir kısmı veya hepsi için gereği kadar uzatılır. Müteahhit bunun dışında hiçbir istekte bulunamaz."

Görülebileceği üzere, idare gecikmede kusurlu olduğunu kabul ederek ek süre verdiği halde, bundan dolayı müteahhidin uğrayacağı zararları ödemek istememektedir. (gecikmeden doğacak fiyat farklarını, boşta bekleyen personel ve ekipman, vb.) Bunun dayanağı sözleşmenin doğal eki sayılan BIGŞ'nin anılan ve hiçbir gerekçeye dayanmayan bu hükmüdür. Kaldı ki bu hüküm, kimsenin kendi ayıbına dayanamayacağı şeklinde ki temel hukuk ilkesine ve BK 99. madde hükmüne aykırıdır. Asıl olan, sözleşmenin kurulduğu tarihteki dengenin inşaat süresince aynen korunmasıdır. İnşaat sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabidir. Öyleyse taraflar arasındaki dengenin bozulmaması gerekir.

Taraflardan birinin resmi kurum veya kuruluş olması, terazinin bir kefesinin ağır basmasını gerektirmez. Aksi halde yasa önündeki eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olur ki bunun da hukuk devleti kavramı ile izahı olanaklı değildir. Bu nedenle yanlar, tüm hukuk kurallarının, hatta sözleşme hükümlerinin üstünde olan emredici nitelikteki objektif kurallara ve bu bağlamda "HERKES İFA'DA HÜSNÜNİYET KAİDELERİNE RİAYETLE MÜKELLEFTİR." yolundaki mk. 2/ 1. madde hükmüne uymak zorundadır.

Gerek bahse konu BIGŞ'nin bu hükmü gerekse idarelerin yaptıkları diğer sözleşmelerde yazıp yükleniciyi uymak zorunda bıraktıkları tek yanlı sorumluluk yükleyen ve kendi kusurundan kurtulmayı sağlayan diğer hükümleri de, aynı

şekilde BK 99 maddenin getirdiği kural doğrultusunda geçersiz sayılmalıdır.

BİGŞ. Md. 46/1 Sözleşmenin devri:

"Müteahhit üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir ötür ve nedenle başkasına devredemez. Devredilmesi için birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı izninin alınması gereklidir. Ayrıca, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır."

Kanımızca, devir olayı, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunun temel ilkesi olan AÇIKLIK VE REKABET prensibine ters düşmektedir. Zira kanunun 2/a maddesinde "Bu kanunun yürütülmesinde ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır." denilmektedir.

Hernekadar gerek BİGŞ md. 46/1 de ve gerek DİK md.66 da, "devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır." denilmesine rağmen, ihalesi yapılmış ve sözleşmesi de imzalanmış olan bir ihalenin, ilk ihale tarihi ile devir tarihi arasında uzunca bir zaman geçtiği gerçeği gözönünde tutulacak olursa, devir alacak olanın ilk ihale tarihindeki şartları bilahare sağlayabildiği savunulabilir. Kaldı ki yeterlik ve ihale komisyonlarının görevleri söz konusu ihale için sona erdiğine göre bu ilk ihale şartlarının sağlanıp sağlanmadığını araştırmak hususu genel değerlendirmeden soyutlanarak özel değerlendirmeye geçilmek durumunda kalmaktadır. Bu nedenle bu şekilde yapılan devir işleminin sağlıklı olamayacağı düşüncesindeyim.

BİGŞ. Md.39/13 HAKEDİŞ RAPORLARI

"Müteahhidin geçici hakedişlere itirazı olduğu takdirde, karşı görüşlerin 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 kayıtlar" cümlesini yazarak imzalaması gereklidir. Eğer müteahhidin, hakediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapıncaya 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. Müteahhit itirazlarını bu şekilde bildirmediği takdirde hakedişi olduğu gibi kabullenmiş sayılır."

Daha önce sözleşmenin kurulduğu tarihte yanlar (işveren ve yüklenici) arasında bir dengenin mevcut olduğunu ve bu dengenin inşaat süresince aynen korunması gerektiğini ve bu hususun Medeni Kanunun 2/1 maddesinde yer alan emredici bir hukuk kuralı olduğunu arzettiğim için tekrar etmek istemiyorum.

O halde ilgili kanunun ışığı altında konumuzu irdeleyelim.

1- Hakedişi kim tanzim ediyor?

- İşveren tanzim ediyor.

2- Hakediş nasıl tanzim ediliyor?

BİGŞ. md. 39/1 "Müteahhit tarafından yapılan yapım ve hizmet işlerinin bedelleri, sözleşmeye ekli birim fiyat cetvelinde veya keşif özetinde yazılı veya sonradan düzenlenen onaylı yeni fiyatlar üzerinden hesaplanarak, yaptığı indirimde sözleşmedeki kayıtlara ve ilgili kanunlara göre yapılacak kesintiler de çıktıktan sonra, sözleşmenin ödemeye ilişkin hükümleri çerçevesinde kendisine ödenir."

BİGŞ. md. 39/9 "Düzenlenen hakediş raporunun işleme konulabilmesi için, müteahhit veya işbaşında bulunan vekili tarafından imzalanmış olması gereklidir"

BİGŞ. md. 39/10 "Müteahhit veya vekili, bildirilen günde hakedişe esas ölçülerin alınmasında hazır bulunmazsa kontrol teşkilatı ölçümleri tek başına yaparak hakediş raporunu düzenler ve müteahhidin bu husustaki itirazları kabul edemez."

BİGŞ. md. 39/11 "hakediş raporu düzenlendikten sonra bir hafta içinde müteahhit raporu imzalamazsa kontrol teşkilatı, hakediş raporunun idareye gönderir ve rapor müteahhit tarafından imzalanıncaya kadar idarede hiçbir işlem yapılmaksızın bekletilir. Müteahhit hakediş raporunu zamanında imzalamamış olursa ödemede meydana gelecek gecikmeden dolayı hiçbir şikayet ve istekte bulunamaz."

Yani tüm bunlarda ve diğer fıkralarda hakim olan gerçek, hakedişin idarece (işverence) yapılmasıdır. İdarenin hakedişi yapmaktan dolayı herhangi bir sorunu yoktur. Konunun ehli ve uzmanıdır. Hakedişi kendisi düzenlediğine göre olsa olsa karşı tarafın yani müteahhidin itirazı olabilir.

Eğer müteahhit itirazı da yoksa hakediş yalnızca metraj konusu hariç imalat pozları, fiyatlar ve yeni fiyatlar vd. konusunda kesin kabul edilmelidir. Oysa ki, BİGŞ md. 39/3 de "Müteahhidin yaptığı işler ile ihzarattan doğan alacakları, metrajlara göre, hesaplanarak sözleşme hükümleri uyarınca kesin ödeme niteliğinde olmamak ve kazanılmış hak sayılmamak üzere geçici hakediş raporları ile ödenir. Metrajlar, yeşil defter ve eklerinde gösterilir. Müteahhit, idarenin isteği halinde, kesin hesapları da kontrol teşkilatının denetimi altında işe paralel olarak yürütmek zorundadır. Bu halde, geçici hakediş raporlarının düzenlenmesinde, bitmiş iş kısımları için Kesin metrajdaki miktarlar dikkate alınır." denilmektedir.

Yani sadece metraj konusunda değil, aynı zamanda sözleşmenin uygulanması ile ilgili olarak her konuda idare bilahare değişiklik ya da düzeltmelere gidebilir; Bu sonuca yukarıda "..... KESİN ÖDEME NİTELİĞİNDE OLMAMAK VE KAZANILMIŞ HAK SAYILMAMAK ÜZERE

GEÇİCİ HAKEDİŞ RAPORLARI İLE ÖDENİR" cümlesi ile ulaşmak kabildir.

Nitekim, Yüksek Yargıtay'ın da konu ile ilgili görüşleri bu yöndedir. Yüce mahkemenin bu konudaki görüşleri:

- Ara hakedişlerin idare için bağlayıcı olamayacağını,
- Ara hakediş raporlarının alel hesap ödemeler ile ilgili olduğu, diğer bir deyimle ara hakediş raporlarında yer alan ihzarat ve imalatın gerek metraj gerekse bedel olarak kesin olmadığı,
- Ara hakedişlerin idare açısından geçici mahiyette olduğu ve avans mahiyetinde müteahhite ödendiği vb. şeklindedir.

Gerek BİGŞ'nin ilgili hükmünde ve gerekse Yargıtay'ın bu şartnameye bağlı kalan yorumunda şu sonuca ulaşmak mümkündür;

İdare;

- 1- Kuralları kendisi belirliyor.
- 2- Sözleşmenin aktif tarafı oluyor.
- 3- Sözleşmenin yürütülmesi ile ilgili tüm insiyatifi elinde tutuyor.
- 4- Kendi uygulamasını bilhare beğenmeyebiliyor. Örneğin yıllarca ihtilafsız olarak yaptığı bir ödeme ile ilgili pozu isterse değiştirme yönüne gidebiliyor.

Burada hemen şu soru sorulabilir. İdare hata yapamaz mı? Elbette idare de hata yapabilir. Peki tarafların denklığı ilkesinden hareket edersek aynı hatanın yüklenici tarafından yapılabilmesi neden doğal karşılanmıyor?

Müteahhit, hakedişe ihtirazi kayıt koymamışsa ve de hakediş ekinde dilekçe vermemişse, o uygulamayı aynen kabul etmiş sayılmaktadır. Artık itiraz hakkı yoktur. Deyim yerinde ise iş isten geçmiştir. Oysa sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir. MK 2/1 maddeyi olan İYİNİYET İLKESİ emredici bir hukuk kuralıdır.

Hukuk devletin temel ilkelerinden olan HAKKANİYET VE İYİNİYET ilkesini yorumlamada taraflar dengesini bozmamak gerektiği düşüncesindeyim.

BİGŞ. Md. 19/4 İŞ MİKTARINDA ARTMA VEYA EKSİLME

"Keşif bedelinin %70'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde müteahhit işi bitirmek zorundadır. Bu durumda müteahhide belgelenmek şartı ile yapmış olduğu gerçek giderlerine karşılık olarak ihale bedelinin % 70 ile yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının %5'ine kadar ödeme yapılabilir."

İşte bir eşitsizlik örneği daha. Bu durumda yüklenici işin %30 fazlası için tanınan haklara eşit bir hakka sahip tutulmamıştır.

Müteahhidin, işin %100'ünün tamamlanacağı noktasından



**Gerede - Ankara
Karayolu**

hareketle ekip ve ekipmanını faal tutmak, karşılaşılan diğer fırsatları kaçırmak gibi nedenlere dayanarak, kalan %30 iş için bir istekte bulunamayacağı açıktır.

Gerçi yasak koyucu bu durumda, yapılan giderleri kanıtlamak kaydıyla ve ancak "ihale bedelinin %70 ile yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının %5'ine kadar ödeme" yapılabileceğini kabul etmiş ise de bunun TARAFLAR DENGESİNE uymayacağı kesindir.

Son olarak, ihalelerde UYGUN BEDEL kavramı üzerinde kısaca durmak istiyorum. Önce 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda yer alan UYGUN BEDEL ile ilgili hükümlere bir göz atalım;

DİK Md. 4/8

"Uygun Bedel: Artırmalarda tahmin edilen bedelden aşağı olmamak üzere, teklif edilen bedellerin en yüksekini, eksiltmelerde tahmin edilen bedeli geçmemek üzere, teklif edilen bedellerin tercihe layık görülenini, bedel tahmini yapılamayan ihalelerde teklif edilen bedellerin uygun görülenini,"

DİK Md. 28 Uygun Bedelin Tesbiti

"Artırmalarda uygun bedel, tahmin edilen bedelden aşağı olmamak üzere teklif edilen bedellerin en yüksekidir.

Eksiltmelerde uygun bedel, tahmin edilen bedeli geçmemek şartı ile teklif edilen bedellerin tercihe layık görülenidir.

Kapalı teklif usulüyle yapılan ihalelerde, bedel tahmini yapılmışsa uygun bedel, teklif edilen bedellerden tahmin edilen bedel geçmemek şartıyla tercihe layık görüleni, bedel tahmini yapılmamışsa uygun bedel, teklif edilen bedellerin tercihe layık görülenidir.

Tercih gerekçeleri, kararlarda belirtilir. Ancak, bedel tahmini yapılmamış kapalı teklif usulü ihalelerde, ihalenin geçerli sayılması bizzat ilgili bakanın onayına bağlıdır.

Milli firmalar lehine hangi orana kadar ayırım yapılabileceği Bakanlar Kurulunca tespit edilir.

(2.3.1984 tarih ve 2990 sayılı kanunla değişik Şekli) Uygun bedelin tercihinde kullanılacak kriterler ile eksiltmelerde kabul edilecek azami indirim miktar veya oranları için niteliği nevi ve miktarı, birim fiyatları, istekli tarafından talep edilen avans miktarı ve isteklinin buna benzer teknik ve mali yeterliliği ile ilgili diğer hususlar da göz önünde bulundurulmak ve gerektiğinde diğer bakanlıkların da görüşleri alınmak suretiyle her yıl Bayındırlık ve İskan Bakanının koordinatörlüğünde Milli Savunma, Maliye ve Gümrük, Tarım Orman ve Köy İşleri, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlarınca tespit olunarak Resmi Gazete'de yayınlanır."

Görüldüğü üzere eksiltmelerde uygun bedel için bir alt sınır belirlenmemiştir. Bu kriter her yıl Resmi Gazete'de yayınlanan bir tebliğ ile belirlenmektedir.

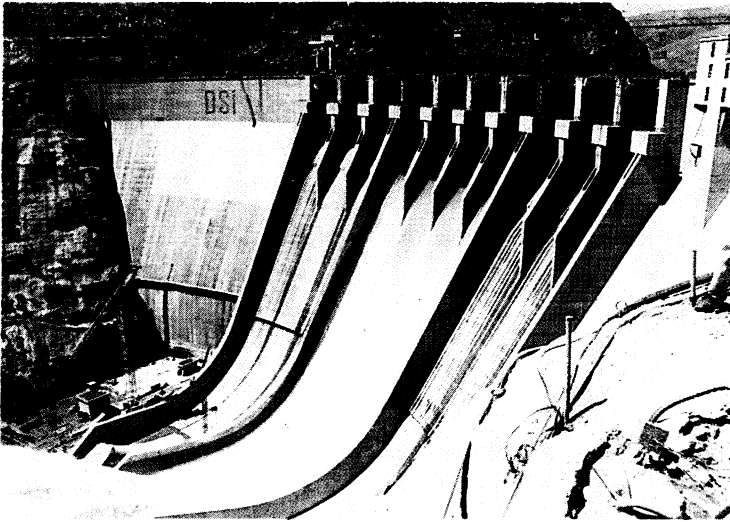
Örneğin 1997 yılında yayınlanan tebliğde uygun teklifin seçimi, şöyle tanımlanmıştır:

"İhaleye Katılma Belgesi almış istektilere ait geçerli tekliflerin içinden en yüksek indirim oranını ihtiva eden teklif UYGUN TEKLİF olarak değerlendirilir." denilmektedir. Yani 1997 yılı ihaleleri için alt sınır en yüksek indirim oranını ihtiva eden teklif oluyor.

Ancak en yüksek indirim oranının bir sınırı olmalıdır. %75-80 hatta %90 indirim yapan bir müteahhitin teklifi uygun teklif diye düşünülebilir mi?

Tahmini keşif bedelleri hesaplanırken genel gider ve kar oranının toplam %25 olduğu ve genellikle de %15 civarında genel gider olduğu gözönünde tutulacak olursa azami %10 oranında bir kar sınırının olduğu herkesçe bilinen bir gerçektir.

Karakaya Barajı



Kaldı ki Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca yayınlanan rayiçlerin, piyasa rayiçlerinin çoğu kez altında kaldığı hususu da dikkatlerden kaçmamalıdır. Bu nedenle en yüksek indirim oranının izahını yapmak olanaklı değildir.

Bu hususun işveren idareye yarar mı yoksa zarar mı sağladığı hususu tartışmalıdır. Eğer karşı sav olarak, müteahhit de yüksek indirim yapmasın çünkü, müteahhit sorumlu bir meslek adamı olarak hareket etmek zorundadır.

Yapım şartlarını, piyasa koşullarını, teknik ve sanat kurallarını bilen bir kimse olarak, bu hak ve yükümlülüklerinin bilincinde olmalıdır denilecek olursa, İdare-Müteahhit arasındaki YARARLAR DENGESİ gereği, idarelerin de aynı hak ve yükümlülüklerin bilincinde olmaları gerekir.

Bu nedenledir ki ihalelerde teklif edilen en düşük bedelin ihtiyacın sağlanmasında en iyi sonucu vermediği hatta neticede en pahalı teklif şekline dönüştüğü anlaşıldığından, işin zamanında ve istenilen şekilde sonuçlandırılması amacıyla TERCİHE LAYIK GÖRÜLEN TEKLİFİN KABULÜ esası getirilmiştir.

Ancak DİK 4. maddesinde tercihe layık bedel için bir üst sınırlama getirilmesine karşın alt sınır getirilmemiştir. Bu konunun ilgililerce tartışılması gerektiği kanısındayım.

Değirmek istediğim diğer bir husus ise; Devlet ihale yasasının bazı maddelerinin yeterince anlaşılmadığı görüşündeyim.

Söz konusu maddelerden, ihaleye katılabilme şartlarını düzenleyen 5. madde ile ihale komisyonlarının kuruluş ve çalışmalarını düzenleyen 13, 14 ve 16. maddelerinin bu hususa örnek olarak verilebileceği kanaatindeyim.

İHALEYE KATILABİLME ŞARTLARI

Md.5: "Bu kanuna göre yapılacak ihalelere katılabilmek için kanuni ikametgah sahibi olmak, gerekli nitelik ve yeterliğe haiz olmak, istenilen teminat ve belgeleri vermek zorunludur."

Md.13/1: "İta amirleri, ilgili idarenin memurlarından birinin başkanlığında idareden yapım işlerinde işin EHLİ veya UZMANI olmak şartıyla, en az bir kişi ve maliye memurunun katılmasıyla kurulacak komisyonları görevlendirirler."

Md. 14: "İhale komisyonları eksiksiz olarak toplanır. Komisyon kararları çoğunlukla alınır. Oyların eşit olması halinde başkanın bulunduğu taraf çoğunlukta kabul edilir. Kararlarda çekimser kalinamaz. Muhalef kalan üye karşı oy gerekçesini kararın altına yazarak imzalamak zorundadır. Komisyon başkan ve üyeleri oy ve kararlarından sorumludurlar."

İSTEKLİLERDE ARANACAK NİTELİKLER VE İSTENİLECEK BELGELER

Md. 16: "İdarece ihalelerin en elverişli koşullarla sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla isteklilerde belirli mali ve teknik yeterlik ve nitelikler aranabilir. Bunları tespiti yarayan belgelerin neler olduğu şartnamelerde gösterilir. İstekliler şartnamelerde yazılı belgeleri eksiksiz vermek ve Türkiye'de tebligat için adres göstermek zorundadır.

Yapım işleriyle her türlü etüt, proje, kontrollük ve müşavirlik hizmetlerine ait ihalelerde, isteklilerde aranacak niteliklerin ve istenecek belgelerin neler olacağı, ne yolda ve kimlerce verileceği ve müteahhit sicillerinin ne biçimde tutulacağı ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Bayındırlık Bakanlığınca hazırlanacak tüzükte gösterilir."

KONUNUN İNCELENMESİ

Görüldüğü üzere komisyonda görevli üyelerden en az birinin yapım işlerinde işin EHLİ veya UZMANI olmak koşulu vardır. Bu uzmanlık yalnızca ilgili idarenin ihale konusu işi için gerekli teknik anlamda uzmanlık değildir. Bu uzmanlık aynı zamanda ihale yasasını, ihale yasasının temel ilke ve esaslarını, genel teamüllerini de çok iyi bilmek demektir.

D.İ.K. ihaleye katılabilme şartlarını genel başlıklar altında vermiştir. Bunlar yukarıdaki ilgili maddelerin incelenmesinden de görülebileceği üzere;

- Kanuni ikametgah sahibi olmak
- Belirli mali yeterliğe sahip olmak
- Belirli teknik kapasite ve yeterliğe sahip olmak
- İstenilen teminatı vermek
- Şartnamelerde istenilen belgeleri vermek şeklinde sıralanabilir.

Şartnamelerde istenilen belgeler ise, bu ana başlıkların ihale konusu iş için detaylandırılması, bir bakıma somutlaştırılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Nitekim D.İ.K. md. 16/3'de; isteklilerde aranacak niteliklerin ve istenecek belgelerin neler olacağı, ne yolda ve kimlerce verileceği ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Bayındırlık Bakanlığınca hazırlanacak tüzükte gösterilir, denilmektedir.

İşte bu cümleden olmak üzere, Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca yayınlanan; "YAPIM İŞLERİ İÇİN KAPALI TEKLİF USULÜ İLE İHALE ŞARTNAMESİ"ne bakılacak olursa, yukarıda istenilen belgelere EK olarak, ihaleye katılabilmek için;

- Ticaret ve/veya Sanayi Odası belgesinin verilmesi
- Müteahhitlik karnesinin verilmesi sayılabilir.

Ayrıca, bunlara da ek olarak her yıl Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca yayınlanan UYGUN BEDELİN TERCİHİNDE

KULLANILACAK KRİTERLER HAKKINDA TEBLİĞ'de MECBURİ ŞARTLAR başlığı altında bazı koşullardan bahsedilmektedir.

- Vergi borcunun bulunmadığının belgelenmesi gibi
- Ticaret ve/veya Sanayi Odası belgesinin ihalenin yapıldığı yıla ait olması gibi v.s.

İhale komisyonlarının çalışmalarında bu esasları gözönünde tutmak zorunluluğu vardır. Bu husus onların görevidir.

Ancak, özel şartnamelerle istenilen şartları tesbit ederken aşırıya kaçmamak, bunları işin özelliği ile sınırlı tutmak gerektiği kanısındayım. Aksi halde Devlet İhale Kanunun md. 2'de ifadesini bulan "Bu kanunun yürütülmesinde ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve İHALEDE AÇIKLIK VE REKABETİN SAĞLANMASI ESASTIR." şeklinde temel ilkesine aykırı davranılmış olunur.

Sözgelimi; "Ticaret Odası Belgesi davet tarihinden sonra alınmış olacaktır." şeklindeki bir şart ihale yasasının, Bayındırlık ve İskan Bakanlığının (B.İ. Bakanlığının) ihale yılı içinde alınma şartını getirmiştir. İhale OLGUSUNUN, kamu yararının (REKABET ilkesini zedelediği için) ruhuna aykırıdır.

Esas olan; ihale konusu işi, teknik ve sanat kurallarına uygun olarak yapabilecek, yeterli teknik ve mali kapasiteye sahip, yeterli ekip ve ekipman donanımlı sorumlu meslek adamını/veya tüzel kişisini seçmektir. Yani bir halk deyimimiz ile amaç; "üzüm yemek olmalı, bağcıyı dövmek olmamalıdır."

Aksi halde D.İ.K. madde 13'de yer alan "İŞİN EHLİ veya UZMANI" olmak yerine İŞİN ACEMİSİ oluruz ki bundan da KAMU YARARI zarar görür.

SONUÇ: Bu yazı ile BİGŞ.'nin ve dolayısıyla 2886 sayılı Devlet İhale Yasasının yalnızca bir kaç maddesi, yukarıda anımsatılan temel hukuk ilkeleri ışığında irdelenmeye çalışılmıştır.

Yazımı, yine temel bir hukuk ilkesini anımsatmakla noktalamak istiyorum;

"HERKES, HAKLARINI KULLANMAKTA ve BORÇLARINI YERİNE GETİRMEDE İYİNİYET KURALLARINA UYMAKLA YÜKÜMLÜDÜR."

Kaynaklar:

- Prof.Dr.Fikret EREN
- Seminer notları
- Yargıtay Onursal Üyesi Edip ŞİMŞEK
- Seminer notları
- BK. MK, DİK ve ilgili Şartnameler