

T.C.
EGE ÜNİVERSİTESİ
Fen Bilimleri Enstitüsü

YAPI İŞLERİ MEVZUATININ UYGULAMA VE KONTROL AŞAMALARININ İNCELENMESİ

Yasemen APAK

Danışman : Doç. Dr. Gülben ÇALIŞ

İnşaat Mühendisliği Anabilim Dalı
İnşaat Mühendisliği Yüksek Lisans Programı

İzmir
2019

Yasemen APAK tarafından **YÜKSEK LİSANS** Tezi olarak sunulan “**YAPI İŞLERİ MEVZUATININ UYGULAMA VE KONTROL AŞAMALARININ İNCELENMESİ**” başlıklı bu çalışma EÜ Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği ile EÜ Fen Bilimleri Enstitüsü Eğitim ve Öğretim Yönergesi'nin ilgili hükümleri uyarınca tarafımızdan değerlendirilerek savunmaya değer bulunmuş ve 27.08.2019 tarihinde yapılan tez savunma sınavında aday oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunmuştur.

Jüri Üyeleri:


Jüri Başkanı : Doç. Dr. Gülben ÇALIŞ

Üye : Prof. Dr. Hikmet Hüseyin ÇATAL

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Selim BARADAN

İmza


.....


.....


.....

EGE ÜNİVERSİTESİ FEN BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

ETİK KURALLARA UYGUNLUK BEYANI

EÜ Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin ilgili hükümleri uyarınca Yüksek Lisans Tezi / Doktora Tezi olarak sunduğum “Yapı İşleri Mevzuatının Uygulama ve Kontrol Aşamalarının İncelenmesi” başlıklı bu tezin kendi çalışmam olduğunu, sunduğum tüm sonuç, doküman, bilgi ve belgeleri bizzat ve bu tez çalışması kapsamında elde ettiğimi, bu tez çalışmasıyla elde edilmeyen bütün bilgi ve yorumlara atıf yaptığımı ve bunları kaynaklar listesinde usulüne uygun olarak verdiğimi, tez çalışması ve yazımı sırasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını, bu tezin herhangi bir bölümünü bu üniversite veya diğer bir üniversitede başka bir tez çalışması içinde sunmadığımı, bu tezin planlanmasından yazımına kadar bütün safhalarda bilimsel etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

27/08/2019



Yasemen APAK

ÖZET

YAPI İŞLERİ MEVZUATININ UYGULAMA VE KONTROL AŞAMALARININ İNCELENMESİ

APAK, Yasemen

Yüksek Lisans Tezi, İnşaat Mühendisliği Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Gülben ÇALIŞ

Ağustos 2019, 234 sayfa

Devletler, kamu kaynaklarının verimli, etkin ve ekonomik kullanılmasını sağlamak için kontrol ve uygulama aşamalarında tam anlamıyla uygulama birliğini sağlamaya ihtiyaç duymaktadır. Bu tezde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na (KİK) tabi idareler tarafından bu Kanun hükümlerine göre ihalesi yapılan ve 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşme Kanunu'na (KİSK) göre sözleşmeye bağlanan yapım işlerinin uygulama ve kontrol aşamaları, sözleşmesinin imzalanmasından geçici kabulünün yapılması aşamasına kadar incelenmiştir. Bu kapsamda, çelişkili, tartışmalı ve uygulamada kişisel arz edebileceği düşünülen hususların tespit edebilmesi amacıyla yargı kararları incelenmiştir. Bu çalışmayla; sözleşmenin imzalanmasından itibaren yapım işlerinin uygulama ve kontrol aşamalarını yönlendiren mevzuata genel bir bakışla birlikte bahse konu mevzuata yönelik eksik, aksak ve/veya çelişkili hususlara dikkat çekmek suretiyle kamuda çalışmanın yarattığı mali, vicdani sorumluluğun yanı sıra hukuki yükümlülüklerin altında kalan yapı denetim görevlilerine destek olmak amaçlanmıştır.

Anahtar sözcükler: Kamu ihale kanunu, kamu ihale kanunu sözleşmeleri, yapım işleri, uygulama ve kontrol aşamaları, yargı kararları.

ABSTRACT

IMPLEMENTATION AND CONTROL OF CONSTRUCTION WORKS LEGISLATION INVESTIGATION OF PHASES

APAK, Yasemen

M.Sc in Civil Engineering

Supervisor: Associate Prof. Dr. Gülben ÇALIŞ

August 2019, 234 pages

To ensure the efficient, effective and economic use of public resources, governments need to ensure full unity in the control and implementation phases. In this thesis; control and implementation phases of construction works, which are contracted according to the Public Procurement Contract Law No.4735 and which have been tendered by the administrations under Public Procurement Law no.4734, are investigated from the signing of the contract until the provisional acceptance. Within this context, court decisions were investigated to identify contradictory, controversial and personal issues. This study helps the building inspectors and contractors by providing information on the different approaches and disputes encountered in the implementation and control phases of construction works.

Keywords: Public procurement law, public procurement contract law, construction works, implementation and control phases, court decisions.

ÖNSÖZ

Tez yolculuğum, İnşaat İnceleme ve Kontrol Uzmanı olarak atandığım MSB İzmir İnşaat Emlak Bölge Başkanlığında kamu sözleşmelerinin yürütülmesi aşamasında yaşadığım zorluklarla ve aynı olaylar karşısında karşılaştığım farklı yorumlarla birlikte başlamış oldu. Bu çalışmada, sözleşmenin imzalanmasından geçici kabule kadar geçen süre zarfında karşılabilecek tartışmalı, çelişkili yorumları dikkatinize sunmaya çalıştım. Tezi tamamlama sürecinde motivasyonumu kaybettiğim anlarda manevi desteklerini üzerinden çekmeyen Doç. Dr. Gülben ÇALIŞ'a minnet ve şükranlarımı sunarım.

27/08/2019

İZMİR

Yasemen APAK

İÇİNDEKİLER

KABUL ONAY SAYFASI	iii
ETİK KURALLARA UYGUNLUK BEYANI.....	v
ÖZET	vii
ABSTRACT	ix
ÖNSÖZ.....	xi
İÇİNDEKİLER DİZİNİ.....	xiii
ÇİZELGELER DİZİNİ.....	xvii
KISALTMALAR DİZİNİ	xix
1.GİRİŞ.....	1
2.YAPILMIŞ ÇALIŞMALAR	4
3.YAPIM İŞİ SÖZLEŞMELERİ.....	6
3.1. Yapım İşi ve Sözleşme Kavramlarının Tanımı	6
3.2. Sözleşme Türleri.....	7
3.3. Sözleşme İlkeleri	7
3.4. Normlar Hiyerarşisi	10
3.5. Sözleşme Ekleri Arasındaki Hiyerarşi.....	11
4.YAPIM İŞİ SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ.....	16
4.1. Uyuşmazlık Kavramı	16
4.2. Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri.....	16
4.2.1. Tahkim.....	16
4.2.2. Resmi yargı.....	19
5.MEVZUAT VE YARGI KARARLARININ İNCELENMESİ.....	24
5.1. Projeler.....	24
5.1.1. Projelerin yükleniciye teslimi.....	24
5.1.2. Projelerin yükleniciye hazırlatılması	27

5.1.3. Projeye itiraz	29
5.1.4. Nihai projeler (Uygulanmış projeler).....	31
5.2. Yer Teslimi ve İşe Başlama	31
5.2.1. Mevzuatta yer alan hükümler.....	31
5.2.2. İnceleme	33
5.3. Aplikasyon	40
5.3.1. Mevzuatta yer alan hükümler.....	40
5.3.2. İnceleme	41
5.4. Malzeme Ocakları ve Kullanma Şartları.....	43
5.4.1. Mevzuatta yer alan hükümler.....	43
5.4.2. İnceleme	44
5.5. Yüklenicinin Teknik Personel Yükümlülüğü	45
5.5.1. Mevzuatta yer alan hükümler.....	45
5.5.2. İnceleme	48
5.6. Alt Yüklenici Çalıştırılması	55
5.6.1. Mevzuatta yer alan hükümler.....	55
5.6.2. İnceleme	57
5.7. İşin ve İş yerlerinin Korunması ve Sigortalanması	59
5.7.1. Mevzuatta yer alan hükümler.....	59
5.7.2. İnceleme	63
5.8. İş Programı ve Ödenek Dilimleri	66
5.8.1. Mevzuatta yer alan hükümler.....	66
5.8.2. İnceleme	69
5.8.3. Ödenek aktarma	72
5.9. İşin Süresi, Süre Uzatımı ve Gecikme Cezası Uygulaması	76
5.9.1. Mevzuatta yer alan hükümler.....	76
5.9.2. İşin süresi	78

5.9.3. Süre uzatımı	79
5.9.3.1. Çalışılmayan dönem	90
5.9.3.2. Hakediş süre uzatımı.....	93
5.9.4. Gecikme cezası	94
5.10. Fiyat Farkları	99
5.10.1. Mevzuatta yer alan hükümler	99
5.10.2. 2013/5217 sayılı fiyat farkı kararnameinin kapsamı.....	102
5.10.3. Fiyat farkı hesabı	102
5.10.4. Uygulama esasları.....	109
5.10.5. İş programına uygunluk.....	114
5.10.6. Fiyat farkı hesaplanması öngörülme-yen işlerde süre uzatımı verilmesi halinde fiyat farkı uygulaması	118
5.11. İhzarat Uygulaması.....	122
5.12. Yeni Birim Fiyat Uygulaması.....	124
5.12.1. Mevzuatta yer alan hükümler	124
5.12.2. İnceleme.....	127
5.13. Revize Fiyat	137
5.13.1. Mevzuatta yer alan hükümler	137
5.13.2. İnceleme.....	142
5.14. İş Artış ve Eksilişleri	145
5.14.1. Mevzuatta yer alan hükümler	145
5.14.2. İnceleme.....	147
5.14.3. Yasal artış oranının üzerinde gerçekleşen iş bedellerinin ödenmesi	154
5.15. Hakediş Raporları	160
5.15.1. Geçici hakediş raporları.....	160
5.15.1.1. Mevzuatta yer alan hükümler	160
5.15.1.2. Yüklenicinin geçici hakediş raporlarına itirazı.....	164

5.15.2. Kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi.....	169
5.15.2.1. Mevzuatta yer alan hükümler.....	169
5.15.3. Hakediş ödemelerinden yapılacak kesintiler.....	171
5.15.3.1. Gelir vergisi kesintisi	171
5.15.3.2. Damga vergisi kesintisi.....	174
5.15.3.3. Avans kesintisi	177
5.15.3.4. Fiyat farkı ek kesin teminat kesintisi	183
5.15.3.5. Ceza kesintisi	183
5.15.3.6. KDV tevkifatı.....	183
5.15.3.7. Sosyal güvenlik kurumu kesintisi	185
5.15.3.8. Geçici kabul noksanları için tutulan %3 kesinti.....	188
5.15.3.9. Birim fiyatlı işlerde kesin hesap farkı olarak tutulan %5.....	190
5.15.3.10. Revize fiyat ile sözleşme fiyatı arasındaki farkı kesintisi.....	191
5.15.3.11. İşçi alacakları	191
5.15.3.12. Nefaset kesintisi	198
6.DEĞERLENDİRMELER.....	211
7.SONUÇLAR.....	224
KAYNAKLAR DİZİNİ	226
TEŞEKKÜR.....	233
ÖZGEÇMİŞ	234

ÇİZELGELER DİZİNİ

Çizelge 5.1. Ödenek Aktarma Tablosu	74
Çizelge 5.2. Yer Tesliminin Çalışmayan Döneme Denk Gelmesi Durumunda Ödenek Aktarma Tablosu	75
Çizelge 5.3. Örnek Hakediş-Endeks Tablosu	117



KISALTMALAR DİZİNİ

<u>Kısaltmalar</u>	<u>Açıklama</u>
ADR	: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Alternative Dispute Resolution)
BİKY	: Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği
BK	: Borçlar Kanunu
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararnamesi
Danıştay İDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
EKAP	: Elektronik Kamu Alımları Platformu
E	: Esas
GN	: Gündem Numarası
HD	: Hukuk Dairesi
Yargıtay HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
K	: Karar
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
MK	: Medeni Kanun
md.	: Madde
ÖTV	: Özel Tüketim Vergisi

KISALTMALAR DİZİNİ (devam)

SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
s	: Sayfa
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TL	: Türk Lirası
TN	: Toplantı Numarası
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
TÜFE	: Tüketici Fiyatları Endeksi
UNCITRAL	: (United Nations Commission on International Trade Law- Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu)
ÜFE	: Üretici Fiyatları Endeksi
vb.	: Ve benzeri
Yİ-ÜFE	: Yurt İçi Üretici Fiyatları Endeksi
YİĞŞ	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi
YFK	: Yüksek Fen Kurulu

1. GİRİŞ

Kamu ihaleleri kontrol ve uygulama sürecinin yönetimi; 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK), 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 7201 sayılı Tebligat Kanunu, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu, 4721 sayılı Medeni Kanun (MK), 3194 sayılı İmar Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgelerin Aranması Hakkında Yönetmelik, Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği, Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği, Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ), Kamu İhale Genel Tebliği, Kanun Hükmünde Kararnameler, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, milletler arası tüzel hukuk ve usul hukuku gibi birçok paralel mevzuatla birlikte yürütölmektedir.

01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile yapım işlerinde ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her türlü iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat uygulamasından; bazı istisnalar haricinde uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine bağılı olarak işin tamamı için isteklinin teklif ettiğı anahtar sistem götürü bedel sistemine geçilmiştir.

Günümüz kamu ihale sisteminin “ihaleleri en yüksek tenzilat yapan firmaya verme ilkesi” esas alınarak düzenlenmiş olması ve dolayısıyla ihaleye giren firmaların tecrübe, güvenilirlik, mali kapasite, teknik altyapı yeterliliğı gibi ölçütlerin ihalenin neticelendirilmesinde yeterince belirleyici olamaması; sözleşmelerin uygulama aşamasında yüklenici firmaların finansal problemler yaşaması, işin tamamlanamaması, yapım süresinin uzaması, işin kalitesinin düşük olması gibi sonuçlara yol açmaktadır. Söz konusu hususlar, sözleşmenin uygulama sürecini olumsuz

etkilemekte ve yüklenici firmalar ile idare arasında çeşitli uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bunun yanı sıra; sözleşme ve/veya eklerindeki uyumsuzluklar/eksiklikler, projelerin yeterince özenli hazırlanmaması, öngörülemeyen durumlar, yasaların farklı yorumlanması, yasa boşlukları, birden fazla resmi kuruma iş yapan yüklenicilerin farklı uygulamalara maruz kalması ve yapım işlerinin uygulanması sürecinin birçok disiplinle paralel yürütülmek zorunda olması gibi birçok nedenle anlaşmazlıklar meydana gelmektedir.

İhale mevzuatının sözleşmenin sorunsuz şekilde yürütülmesi için yüklenici ve idareye ciddi sorumluluklar yüklemesi, sözleşme uygulamalarına yön veren sözleşme hazırlık sürecinin önemini oldukça arttırmaktadır. Bu alanı düzenleme yetkisini elinde bulunduran Kamu İhale Kurumunun sözleşme uygulamalarından doğan uyuşmazlıkları inceleme görev ve yetkisine sahip olmaması durumu hem uyuşmazlıkların ortaya çıktığı hususlar konusunda kurumun bilgi sahibi olmasının ve dolayısıyla yeni hukuki düzenlemeler yapılmasının önüne geçmekte hem de mevcut düzenlemelerin Kamu İhale Kurumunca nasıl yorumlandığı konusundaki emsal oluşturmalarına imkân vermemektedir (Gök, 2013).

Bu tez çalışmasında; sözleşmenin yürütülmesi ile ilgili konularda temel hukuk bilgileri ışığında ve yargı kararlarının incelenmesiyle özellikle de kamu kurumunda görev alan teknik personellere 4735 sayılı KİSK kapsamında yürütülen yapım işlerinde, sözleşmenin imzalanmasından geçici kabulünün yapılması aşamasına kadar olan süreçte karşılaşılan sorunlar ve anlaşmazlıkların incelenmesi amaçlanmaktadır.

Bu kapsamda; 4734 sayılı KİK'e tabi idareler tarafından bu Kanun hükümlerine göre ihalesi yapılan ve 4735 sayılı KİSK'e göre sözleşmeye bağlanan yapım işleri ele alınmış; yapım işi sözleşmesinin imzalanmasından geçici kabulünün yapılması aşamasına kadar olan süreç kontrol ve uygulama sistematığı içerisinde incelenmiştir. Çelişkili, tartışmalı ve uygulamada kişisellik arz edebileceği düşünülen hususlar

yargı kararlarının incelenmesi ile ele alınmıştır. Bu kapsamda Sayıştay, Yargıtay, Yüksek Fen Kurulu (YFK) ve Kamu İhale Kurumunun kendi internet sitelerinde erişime açtığı kararlar ile Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığının programı aracılığıyla ulaşılan yargı kararları incelenmiştir. Elde edilen sonuçlar ile yapım işi sözleşmelerinin yürütülmesi aşamasında uygulamadan doğabilecek sözleşme anlaşmazlıklarının asgari düzeye indirilmesi, kamu yapım işlerini süresinde ve mevzuata uygun şekilde bitirilmesini sağlamakla görevli kişilere hukuki bir altyapı sağlanması ve mevcut sistemin revize edilmesine katkı sağlayacak önerilerde bulunulması amaçlanmıştır.



2. YAPILMIŞ ÇALIŞMALAR

KİK ve KİSK ile ilgili bugüne kadar çalışmalar yapılmış olmasına karşın, yapım işleri uygulama ve kontrol aşamaları konularıyla ilgili yapılmış çalışmalara nadiren rastlanmaktadır. Karanis (2009), örnek olarak kabul edilen bir kamu inşaatının proje safhasından başlayarak bütün ihale sürecini ve daha sonrasında da uygulama sürecini ihale öncesi ve ihale sonrası tespit edilen sorunları belli bir sırada ve örnekleri ile ele alarak, bu sorunlara neden olan ya da çözümüne yardımcı olan kanun ve yönetmelikleri incelemiş, örnek bir kamu yatırımının yürütülmesinde yaşanan sıkıntılara sebep olan eksik ya da yanlış yönler için alternatif çözüm önerileri ortaya koymuştur. Bir diğer çalışmada, 1958-2006 yılları arasında ortaya çıkan işin süresi, imalat fiyatları, gecikme cezaları, hakedişler ve kabullerle ilgili anlaşmazlıklar hakkında verilen yargı kararlarının, yıllara göre dağılımı, hangi tarafın lehine olduğu, hangi kurumlar tarafından verildiği ve hangi kurumları ilgilendirdiği ve hangi ihale yasasını ilgilendirdiği incelenmiştir (Çamcı, 2008). Arıcı (2012), Türk inşaat sektöründe faaliyet gösteren yüklenici firmaların ve kamu sektöründe çalışanların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (ADR) bilgi düzeyleri, hangi faktörlerin anlaşmazlıklara neden olduğu, projelerinde hangi uyuşmazlık çözüm yollarına başvurdukları, uyuşmazlık durumunda hangi yolu tercih ettikleri ve bu tercihleri esnasında hangi kriterleri göz önüne aldıklarını incelemiştir. Eken (2005), inşaat sözleşmelerindeki anlaşmazlıkların literatürde yer alan nedenlerini, kullanılan resmi ve alternatif anlaşmazlık çözüm yollarını incelemiştir. Çalışma kapsamında inşaat anlaşmazlıkları ile ilgili Yargıtay kararları ele alınmıştır. 2003 yılında incelenen 544 davada en sık karşılaşılan sorunların inşaatın sözleşmede kararlaştırılan süreden geç teslim edilmesi (67 adet), yapılan iş bedelinin ödenmemesi (63 adet) ve yüklenicinin kusurlu eser inşa etmesi (56 adet) olduğu tespit edilmiştir. Türk (2005), inşaat sözleşmesi taraflarının, anlaşmazlık çözüm yöntemini belirlerken dikkate almaları gereken kriterleri listelemiş ve çalışmada açıklanan yöntemler, söz konusu kriterlere göre karşılıklı olarak değerlendirilmiştir. Anlaşmazlık çözüm yolları olarak, devlet mahkemeleri, tahkim ve ADR incelenmiş, ADR

yöntemleri ile ilgili genellemeler yapılırken ağırlıklı olarak müzakere ve arabuluculuk göz önüne alınmıştır.



3. YAPI İŞİ SÖZLEŞMELERİ

4734 sayılı KİK'in 4'üncü maddesinde; yapım kavramı "Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır.

Ekonominin lokomotifi olarak nitelendirilen inşaat sektöründe, yatırım işlerinin bir sözleşmeye bağlanması esastır. Sözleşme ise, 4734 sayılı KİK'de "Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşma" şeklinde tarif edilmektedir. Diğer taraftan, iki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşme, hukuki literatürde, Borçlar Kanunu (BK)'nın 355 ve 371'inci maddelerini kapsayan "İstisna Akdi" kısmında kendine has özelliklerle yer alır. Kısaca; sözleşme, tarafların kanunudur (Çamcı, 2008).

İnşaat sektöründe sözleşme ilişkileri, temel yasa niteliğindeki TBK'ya göre düzenlenir. Kamu kuruluşlarının sözleşmenin tarafı olduğu durumlarda ise düzenleme, TBK'ya göre özel nitelikteki KİK ve KİSK'e göre yapılır. 4735 sayılı KİSK'in 36'ncı maddesinde; "Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır." denilerek TBK'nın temel yasa olma niteliği vurgulanmıştır. TBK'nın 470'inci maddesinde; "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlanmıştır. Eren'e (1996) göre "Yapım işi sözleşmesi, yüklenicinin, iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında taşınmaz bir yapı eseri meydana getirip, bunu teslim etmeyi borçlandığı sözleşme olup, niteliği yönünden bir istisna (eser) sözleşmesidir" (Yüksel, 2002).

3.1. Sözleşme Türleri

KİSK'in 6'ncı maddesine göre, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen yapım işi sözleşmeleri ihale şekline ve işlerin özelliklerine göre üç ayrı tip olarak belirlenmiştir:

a. Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme.

b. Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme.

c. Yapım işlerinde; niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda karma sözleşme.

3.2. Sözleşme İlkeleri

Sözleşmenin kurulması sırasında uyulacak temel ilkelere 4735 sayılı KİSK'in 4'üncü maddesinde aşağıdaki şekilde yer verilmiştir:

- "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. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur."

Bu hükümlerle; idare ve yüklenici sözleşme edimlerinin yerine getirilmesinde eşit konumda bulunduğu, sözleşmeyle de olsa idareye herhangi bir üstünlük ve ayrıcalık tanınmayacağına vurgu yapılmaktadır.

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

Kanunda belirtilen hal; “KİSK’in 15’inci maddesinde yer almaktadır. “Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla;

a) İşin yapılma veya teslim yeri

b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları değişebilir.”

Buna karşılık YİĞŞ’nin 6.7’nci maddesinde; 4735 sayılı KİSK’den farklı olarak sözleşme hükümlerinde yapılacak değişiklik zorunluluk şartına bağlanmıştır. Söz konusu maddede “Zorunluluk halinde, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla yükleniciye teslim edilmiş olan işyerlerinde değişiklik yapılabilir. Bu durumda, iş başına getirilmiş olan malzeme, araç ve makinelerin yeni işyerine taşınması giderleri ile eski işyerinde (kurulmuş ise) şantiye bina ve tesislerin yeni işyerine taşınma ve kurulma giderleri yükleniciye aittir. Bu durumda işin süresi, işin bir kısmı veya tamamı için gecikmeyi karşılayacak kadar uzatılır.” denilmektedir.

İstem, 4735 sayılı KİSK’e göre akdedilen sözleşmeler ile 4734 sayılı KİK’in istisna hükümleri kapsamında yapılan işlere ait sözleşmelerde, 4353 sayılı Maliye Vekâleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanununun 31’inci maddesine göre sözleşme değişikliği yapılması olanağı bulunup bulunmadığı hususunda düşünülen duraksamanın giderilmesine ilişkindir. 4353 sayılı Kanunun 31’nci maddesinde, bir sözleşme olsun ya da olmasın genel bütçe dâhilindeki Devlet daireleriyle diğer daire, müessese ve teşekküller veya tüzel kişiler arasında çıkan ve henüz yargı organlarına, hakeme veya icraya intikal etmemiş bulunan hukuki uyuşmazlıkların sulh yoluyla hallinde menfaat görüldüğü takdirde, baş hukuk müşavirinin mütalaasına dayanılarak her yıl bütçe kanunları ile tespit edilen parasal sınıra göre bir hakkın tanınması ya da menfaatin terkinin öngören anlaşmalar veya sözleşme değişikliklerini yapmaya bakanlıkların yetkili olduğu,

bu miktarı geçen anlaşmalarla sözleşme değişikliklerinin ise Danıştay'ın olumlu görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca hazırlanacak kararname İle yapılabileceği hükmü yer almıştır. ... Açıklanan nedenlerle, 4735 sayılı Kanuna göre akdedilen sözleşmelerde 4353 sayılı Kanunun 31'inci maddesine göre sözleşme değişikliği yapma imkânı bulunmadığı, 4734 sayılı Kanunun istisna hükümleri kapsamında yapılan işlere ilişkin sözleşmelerde ise 4353 sayılı Kanunun 31'inci maddesine göre sözleşme değişikliği yapılabileceği sonucuna ulaşılarak, dosyanın Danıştay Başkanlığı'na sunulmasına...¹

... işinde; anılan işe ilişkin olarak herhangi bir imalat yapılmadığı halde, adı geçen yüklenici ile anlaşma sağlanarak, iş programı ve ödenekler revize edilerek ve sözleşme hükümleri değiştirilerek % 10 iş artışıyla birlikte başka yerlerde yapılan imalat bedellerinin ödendiği gerekçesiyle ... TL'nin tazminine ilişkin hüküm tesis edilmiştir. ... KİSK'in 15'inci maddesine göre, sözleşmelerde işyeri değişikliği yapılabilmesi için sözleşme bedelinin aşılması ve karşılıklı anlaşma yeterliyken, işyeri tesliminden sonra bu konuda değişiklik yapılması YİGŞ'nin 7'nci maddesine göre, "zorunluluk hali"nin gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur. Zorunluluk hali, mücbir sebep kavramından daha kapsamlı bir ifade biçimi olup örnek olarak mahkeme kararıyla yapım yapılacak arsanın el değiştirmesi, sonradan söz konusu yerde imar sorunları çıkması, asayiş ve güvenlik sorunları nedeniyle, sözleşmeyle belirlenen yerde yapımın sürdürülmesinin imkânsız hale gelmesi veya zorlaşması, o işyerinde yapım için zorunlu olan malzeme temin imkânlarının ortadan kalkması, arsa veya arazinin niteliğinin gerek fiziki gerek toprak yapısı gerekse hukuksal açıdan sözleşme konusu yapım işinin gerçekleştirilmesine uygun olmadığı gösterilmesi mümkündür. ...diğer bir ifadeyle, başka bir ihale açılarak, yapılması gereken bir işin, sözleşmesi tasfiye edilmesi gereken bir yükleniciye yaptırmanın, ihale hukukunun amaçlarıyla hiçbir şekilde bağdaşmadığı açık bir şekilde gözükmektedir.²

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

Taraflar arasındaki sözleşme, yasaya aykırılığı nedeniyle geçersiz olmakla beraber, idarenin BK'nın 61'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, yüklenici aleyhine haklı bir sebep olmaksızın elde ettiği zenginleşmeyi iade etmesi

¹ Danıştay 1. Dairesi, T: 08.10.2004, E:445, K:249
<https://www.kararara.com/danistay/1d/danistay6576.htm> (Erişim tarihi:05.05.2017)

² Sayıştay Temyiz Kurulunun 21.06.2016 tarihli ve 42095 sayılı kararı

gerektiğinden, işin yapıldığı tarih itibarıyla yüklenicinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebileceği miktar işin maliyeti olup ayrıca kar isteyemez.³

İhale Yasası'nın emredici hükümlerine aykırı olan sözleşmelerin esasen geçerliliği düşünülemez. Bu gibi hallerde yapılacak ihalelere yükleniciler tarafından önerilen bedellerin kabul niteliğinde olamayacağından, bu önerilerin biri üzerinde hak inşası da söz konusu olamaz⁴ (Yüksel, 2002).

Buna göre; sözleşme ile idari şartname veya genel şartnameler arasında uyumsuzluk varsa normlar hiyerarşisi ve ihale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralaması dikkate alınarak çözüme gidilmelidir.

3.3. Normlar Hiyerarşisi

Bir hukuk düzeninde mevcut olan, anayasa, kanun, yönetmelik gibi normlar, dağınık hâlde ve rasgele değil, alt-alta, üst-üste bulunur. Bu normların arasında altlık-üstlük ilişkisi vardır. Buna "normlar hiyerarşisi" veya "hukuk düzeni piramidi" denir ve bu teori Hans Kelsen'in görüşlerine dayanır. Hiyerarşi piramitinde alt basamakta yer alan norm geçerliliğini üst basamakta yer alan normdan alır ve dolayısıyla ona uygun olmak zorundadır (Gözler, 2004).

Gereğinde yasa kurallarının çatışması durumunda uygulanan,

- Sonraki norm öncekinin yerini alır.
- Özel kanun, genel kanundan önce gelir.
- Açık anlamlı norm, kapalı anlamlı normdan önce gelir.

³ Yargıtay 15. HD, T:18.02.1992, E:3392, K:708

⁴ Yargıtay 4. HD, T:22.09.1966, E:5647, K:8289 (YT-553)

ilkeleri de gözetilerek sonuca ulaşılır.

Biri genel biri özel olmak üzere iki hüküm bulunuyorsa, özel hükmün genel hükmünden önce uygulanması gerekir. Bir hükmün genel hüküm mü yoksa özel hüküm mü olduğunu tespititte, “uyuşmazlıklara esas olan olayların özellikleri göz önünde tutulmalıdır. İlgili hükmün bulunduğu kanunun daha özel nitelikte olması, kural olarak önemli değildir (Uygur, 1993).

İhale yasası özel bir yasadır, genel nitelikteki Borçlar Yasası’na göre önceliği vardır. İhale yasası, Borçlar Yasası’nın hükümlerine oranla özel hükümler taşımaktadır. Anılan yasa hükümlerine oranla daha özel nitelikte hükümler taşıyan yasa ve tüzüklerin olması halinde, İhale yasası hükümleri uygulanmaz⁶ (Yüksel, 2002).

3.4. Sözleşme Ekleri Arasındaki Hiyerarşi

4735 sayılı KİSK’in 2’nci bölümü 5’inci maddesinde “Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin tip sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler tip sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. Mal ve hizmet alımlarında, kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutlak olan sözleşmeler kullanılabilir.” denilmektedir (Kurum=Kamu İhale Kurumu).

Ayrıca; 4735 sayılı KİSK’in 5’inci bölüm “tip sözleşmelerin hazırlanması başlıklı” geçici 1’inci maddesinde “Bu Kanunun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılacak tip sözleşmeler, ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Kamu İhale Kurumu tarafından Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar hazırlanır ve Resmi Gazetede yayımlanır. Bunların yürürlüğe konulmasına kadar idareler, mevcut sözleşme esas ve hükümlerini uygulamaya devam ederler.” hükmü yer almaktadır.

⁶ Yargıtay 4. HD, T:05.07.1965, E:5923, K:3520

4735 sayılı KİSK gereği Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin Ek-7'sinde "Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme" yer almaktadır.

Tip sözleşmenin 8.2'nci maddesinin 10 numaralı dipnotun 1'inci fıkrasına göre; anahtar teslimi götürü bedel sözleşme için ihale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralaması aşağıdaki gibidir.

- 1) Yapım İşleri Genel Şartnamesi
- 2) İdari Şartname
- 3) Sözleşme Tasarısı
- 4) Uygulama Projesi
- 5) Mahal Listesi
- 6) Özel Teknik Şartname
- 7) Genel Teknik Şartname
- 8) Açıklamalar (varsa)
- 9) Diğer Ekler

Tip sözleşmenin 8.2'nci maddesine ait 10 numaralı dipnotun 2'nci fıkrasına göre; birim fiyatlı sözleşme için ihale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralaması aşağıdaki gibidir:

- 1) Yapım İşleri Genel Şartnamesi
- 2) İdari Şartname
- 3) Sözleşme Tasarısı
- 4) Birim Fiyat Tarifleri
- 5) Mahal Listesi
- 6) Özel Teknik Şartname

- 7) Genel Teknik Şartname
- 8) Ön/ Kesin Projeler
- 9) Açıklamalar (varsa)
- 10) Diğer Ekler

Tip sözleşmenin 8.2'nci maddesine ait 10 numaralı dipnotun 3'üncü fıkrasına göre; Karma sözleşmelerde; anahtar teslimi götürü bedel kısım için 10 numaralı dipnotun 1'inci fıkrasına göre, birim fiyatlı kısım için 10 numaralı dipnotun 2'inci fıkrasına göre işlem yapılacaktır.

Belgeler arasında aynı konuya ilişkin farklı düzenlemelerin bulunduğu durumlarda yukarıda belirtilen öncelik sırasına göre işlem yapılmalıdır. Yukarıda atıf yapılan maddelerde bir sıralama başka bir deyişle öncelik sırası söz konusu olduğu için her bir belgenin altında sayılanlar üsteki belgelere aykırılık taşıyamaz, taşıması halinde üsteki belgeler geçerli olur. Tip sözleşmenin 8.3'üncü maddesi hükmüne göre ihale aşamasında zeyilname yapılmışsa yapılan zeyilnameler, zeyilname düzenlenen belgenin üstünlük sırasına sahip olur. Ancak; sözleşmenin eklerini oluşturan belgeler arasında çelişkili durum bulunması dışında, eksik düzenleme yapılması durumunda yani imalat tariflerinin bahse konu eklerin birinde yer alıp diğerinde yer almadığı durumlarda sözleşme ekleri birbirlerinin tamamlayıcısı olduğundan öncelik sırası gözetilmeden işlem yapılmalıdır. Örnek kararlar aşağıdadır:

Anılan işin ihale dokümanını oluşturan belgeler arasında yer alan sözleşme tasarısında a, b1, b2, b3, b4, b5 ve c sabit katsayıları için toplamları bire (1.00) eşit olacak şekilde ağırlık oranı temsil katsayıları belirlenmiştir. Bu katsayıların idari şartnamede gösterilmemiş olması, idari şartname ile sözleşme tasarısı arasında bir çelişki olarak değerlendirilemez. Çünkü söz konusu işte fiyat farkının ödenmesi hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Tip şartnamenin 48'inci maddesi ile tip sözleşmenin 15.2'nci maddesi birbirine aykırı olmayıp birbirini tamamlayan maddelerdir ve ihaleden önce söz konusu işte fiyat farkının ne şekilde ödeneceğini göstermektedir. Buna göre, a1, a2, b1, b2, c ve d sabit katsayıları ihaleden önce sözleşme ekleri içinde belirlendiğinden ve fiyat farkı

hesaplamalarında bu katsayılar kullanıldığından yapılan uygulama ve ödemede mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.⁷

Sözleşmenin 34'üncü maddesinde bakım onarım giderlerinin yükleniciye ait olduğu belirtilmiş olmasına rağmen sorumluların söz konusu savunmalarına dayanak yaptıkları teknik şartnamenin 5'inci maddesi (f) bendinde ise araçların bakım onarım giderlerinin kiracıya ait olduğu ifade edilmiştir. Dolayısı ile sözleşme ile şartname arasında çelişki bulunmaktadır. Bu durumda ise sözleşmenin 9'uncu maddesindeki öncelik sıralamasını esas alırsak, sözleşmenin teknik şartnameden önce gelmesi dolayısıyla, sözleşmedeki hükmün geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, sözleşmede bulunan hüküm teknik şartnamedeki hükümden önce gelmemesi sebebiyle araçların bakım onarım gideri yükleniciye ait olacaktır.⁸

İşe ait şartnamelerin birlikte değerlendirilmesinde, akaryakıt fiyat farkı ödenmesiyle ilgili olarak ihale onay belgesi ve özel teknik şartname ile eksiltme şartnamesi ve özel idari şartname hükümleri arasında çelişki olduğu görülmüştür. Anılan işe ait sözleşmenin 2'nci maddesinde, sözleşme ekleri arasında tutarsızlık olduğu takdirde uyuşmazlığın çözümlenmesinde öncelikle eksiltme şartnamesi ve özel idari şartnamenin uygulanacağı düzenlemesi bulunduğu ve bu şartnamelerde ve işin sözleşmesinde de, akaryakıt fiyat farkı ödeneceğine dair bir hüküm bulunmadığından, sözleşmeye göre 3'üncü sırada uygulanması gereken özel teknik şartnamedeki düzenlemeye dayanarak işin müteahhidine akaryakıt fiyat farkı ödemesi yapılması mümkün değildir.⁹

4734 sayılı KİK'e göre ihale edilerek ... tarihinde anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeye bağlanan işde; konutlarda dış cephe imalatı olarak, mahal listelerinde "mantolama ile ısı izolasyonu yapılacaktır." ibaresinin bulunduğu, mimari avan projelerinde ise tretuvar üst kotundan zemin kat tavan kotuna kadar olan kısımda andezit taş kaplama imalatının gösterildiği, yüklenici tarafından, mahal listelerinin öncelikli olarak dikkate alınmasının gerektiği belirtilerek, söz konusu andezit taş kaplama imalatının yapılması halinde, imalat değişikliği olarak mukayeseli keşifte değerlendirilmesi talebinde bulunulması üzerine anlaşmazlık olduğundan bahisle, konu hakkındaki Kurulumuz görüşünün bildirilmesi talep

⁷ Sayıştay Temyiz Kurulunun 26.06.2012 tarihli ve 35317 nolu kararı

⁸ Sayıştay Dairesinin 11.05.2010 tarihli ve 6690 sayılı kararı
https://www.malihakem.com/analizler/%C3%83%20hale-dok%C3%83%C2%BCman%C3%83-n%C3%83-olu%C3%83%C2%BEturan-belgelerde-tutars%C3%83-zl%C3%83-k-bulunmas%C3%83-halinde-%C3%83%C2%B6deme_an416.html (Erişim tarihi:05.05.2018)

⁹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 01.07.2008 tarihli ve 30277 sayılı kararı

edilmektedir. İhale dokümanı mimari avan projesinde belirtilen tretuvar üst kotundan zemin kat tavan kotuna kadar olan kısımda, andezit taş cephe kaplama imalatının işin sözleşmesi kapsamında yapılması gerektiğine...¹⁰

İhale ve sözleşme mevzuatı gereği anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde işin, uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak yapılması gerekmektedir. İlerleme yüzdelerinin (pursantaj), işin yapılmasına ilişkin bir dayanak oluşturma niteliği bulunmadığı, proje ve mahal listelerine dayalı olarak hangi imalat seviyesinde sözleşme bedelinin hangi oranda ödeme yapılacağını gösteren bir belge olduğu ayrıca, pursantaj oranlarının toplamının %100 olması gerektiği dikkate alındığında, pursantaj oranlarında yapılan hataların düzeltilmeye çalışılması halinde %100'lük bütünlüğün bozulacağı, bu durumda da yüklenicinin uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak işin tamamı için teklif ettiği bedelin bozulmasının ortaya çıkacağı ve bunun da mümkün olmadığı hususları açıktır. Dolayısıyla, uygulama projelerinde yer almadığı için iş kapsamında olmadığı ve yaptırılmasına ihtiyaç olmadığına idaresince karar verilmiş olması itibarıyla ... imalatına ilişkin bedelin; bu imalata pursantaj cetvelinde yer verilmiş olması gerekçesiyle sözleşme bedelinden düşülmesi doğru olmayacaktır.¹¹

... kaplamasının, uygulama projesinde... ve... mahallerinde gösterilmesine rağmen, mahal listesinde, sadece... mahalli ile bu mahalde yapılacak miktara yer verilip, ... mahallinde yapılacak olan kaplamaya listede yer verilmemiş olmasının bir eksiklik olduğuna, ancak; uygulama projesinde detaylarıyla yer verildiği sebebiyle... mahallindeki döşeme kaplamasının aynı türde yapımının da sözleşme kapsamında olduğuna ...¹²

Yukarıda sayılan işlerin mahal listesi, 1'nci keşif özeti ile projelerde gösterilmemiş olmasının, bunların ihale kapsamında olmadığına göstergeleri olmadığı, müteahhidin, bunların götürü ihale bedeli kapsamında yapılması gerektiğini bilerek sözleşmeyi imzalamış olduğu, ... Bu durumda, ... binasının elektrik, doğalgaz, kullanma suyu ile drenaj-kanalizasyon gibi altyapı bağlantılarının, ... tarihli sözleşme ile üstlendiği götürü bedel esaslı ihale kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşüne varılmıştır.¹³

¹⁰ YFK'nın 05.03.2015 tarihli ve 2015/15 numaralı kararı

¹¹ YFK'nın 09.01.2013 tarihli ve 2013/03 numaralı kararı

¹² YFK'nın 22.06.2005 tarihli ve 2005/06 numaralı kararı

¹³ YFK'nın 29.07.2003 tarihli ve B.09.0.YFK.O.00.00.00/2-A/914 sayılı görüşü

4. YAPI İŞİ SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

4.1. Uyuşmazlık Kavramı

Bozkurt'a (2002) göre uyuşmazlık; "İki ya da daha fazla kişi, kurum ya da devlet arasında hukuki ya da maddi bir konu üzerinde fikir ayrılığı ve çatışmadır" (Çamcı,2008).

Özbek'e (2009) göre; "Uyuşmazlık" yargının konusu olabilecek hukuki meselelerde ortaya çıkan ve görünür hale gelen bir anlaşmazlık türü olarak tanımlanmaktadır. Uyuşmazlık, kişiler arasındaki anlaşmazlığın dışı vurularak anlatılması ve açıklanmasıdır. Anlaşmazlık ise bireysel ya da kişiler arasında olabilir. Bir anlaşmazlık, karşı tarafa bildirilmediği ya da karşı taraftan çatışmaya yol açacak bir talepte bulunulmadığı takdirde uyuşmazlık haline dönüşmeyebilir ve taraflar arasında uyuşmazlık çıkarma ihtimali olan konular üzerine, bu konular henüz uyuşmazlığa dönüşmüş olmasalar bile, uygun koşullar dâhilinde bir uzlaşma sağlanabilir (Arıcı, 2012).

4.2. Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri

Tahkim ve Resmi Yargı olarak iki alt başlıkta incelenmiştir.

4.2.1. Tahkim

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre Tahkim, bir uyuşmazlığın tarafların Devlet Mahkemelerine giderek dava açmak yerine uyuşmazlığın çözümü için hakem atamak veya mahkemeden hakem atamasını istemek suretiyle, oluşturulacak bir özel heyeti (Hakem Kurulu) görevlendirmeleridir. Tahkim, taraflar arasında imzalanacak bir sözleşmeye konulacak hükümlerle mümkündür. Sözleşmenin geçerli olabilmesi için tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı hakemlere götürmek yolundaki isteklerinin sözleşmede açık ve kesin bir dille ifade edilmesi gerekir.

4735 sayılı KİSK'e göre akdedilen sözleşmelerin yürütülmesi aşamasında taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun, 2016/25 sayılı Başbakanlık Genelgesi doğrultusunda, 30 Aralık 2017 tarihli ve 30286 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve yayımı tarihinden 20 gün sonra yürürlüğe giren düzenlemeler uyarınca; sözleşmenin yürütülmesi aşamasında taraflar arasında doğabilecek anlaşmazlıkların çözümü için idarelerce, Türk Mahkemeleri ya da tahkim yolundan biri tercih edilmesinin yolu açılmıştır. Kamu İhale Kurumu tarafından Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin eki tip sözleşmelerde tahkim şartının ne şekilde yer alacağı Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 2'nci maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Madde 2: "Aynı Yönetmeliğin eki Ek-7'de yer alan Tip Sözleşmenin 31'inci maddesinin 26 numaralı dipnotu aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir."

²⁶"Sözleşmenin yürütülmesi aşamasında taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü için idare, Türk Mahkemeleri ya da tahkim yolundan birini tercih eder."

(1) Türk Mahkemelerinin tercih edilmesi halinde madde metni aşağıdaki şekilde düzenlenecektir:

"31.1. Bu sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü uyuşmazlığın çözümünde (İdarenin bulunduğu yer mahkemesi yazılacaktır) mahkemeleri ve icra daireleri yetkilidir."

(2) Tahkim yolunun tercih edilmesi halinde 31.1 maddesine yer verilecek, ayrıca 31.2 maddesinde yer alan (a) veya (b) seçeneklerinden biri İdare tarafından tercih edilerek, madde metni bu çerçevede düzenlenecektir:

"31.1. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 1 nolu bendinde sayılan hallerin dışındaki tüm durumlarda;

31.1.1. Sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü uyuşmazlık (sözleşme hükümlerine göre idarenin re'sen hareket etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu haller hariç) İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Tahkim yeri,(İdarenin bulunduğu yer veya İstanbul yazılacaktır)'dir. Tahkim

dili Türkçe'dir. Tahkim heyeti 3 hakemden oluşur. Uyuşmazlığın esasına Türk hukuku uygulanır.

31.1.2. İdare veya yüklenici tarafından tahkime başvurulmuş olması halinde, yüklenici işlere devam etmek ve işin yürütülmesi ile ilgili İdarece alınacak kararlara uymak zorundadır.”

“31.2. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının 1 nolu bendinde belirtilen hallerin varlığı halinde;”

a- İdare tarafından uyuşmazlığın İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca çözülmesinin öngörülmesi halinde aşağıdaki metne yer verilecektir:

“31.2.1. Sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü uyuşmazlık (sözleşme hükümlerine göre idarenin re'sen hareket etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu haller hariç) İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Tahkim yeri,(İdarenin bulunduğu yer veya İstanbul yazılacaktır). Tahkim dili ...'dir. Tahkim heyeti 3 hakemden oluşur. Uyuşmazlığın esasına ...(uygulanması istenilen ülke hukuku belirtilecektir) hukuku uygulanır.

31.2.2. İdare veya yüklenici tarafından tahkime başvurulmuş olması halinde, yüklenici işlere devam etmek ve işin yürütülmesi ile ilgili İdarece alınacak kararlara uymak zorundadır.”

b- İdare tarafından uyuşmazlığın milletlerarası tahkim yoluyla 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözülmesinin öngörülmesi halinde aşağıdaki metne yer verilecektir:

“31.2.1. Sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü uyuşmazlık (sözleşme hükümlerine göre idarenin re'sen hareket etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu haller hariç olmak üzere) 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözülecektir.

31.2.2. Tahkim heyeti üç hakemden oluşur. Taraflardan her biri birer hakem seçer ve bu iki hakem de otuz gün içinde üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın Noter vasıtasıyla gönderdiği bu yoldaki talebin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmez veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirleyemezler ise; gerek ikinci hakem gerekse üçüncü hakem, taraflardan birinin talebi üzerine (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır) Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından seçilir. Üçüncü hakem başkan olarak görev yapar.

31.2.3. Uyuşmazlığın esasına ilişkin maddi hukuk kuralları...(uygulanması istenilen ülke hukuku belirtilecektir) hukukuna tabi olacaktır. Tahkim dili ...'dir. Tahkim yeri.... (İdarenin bulunduğu yer veya İstanbul yazılacaktır)'dir. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda tahkimle ilgili mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde yetkili mahkeme ... (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır) Asliye Hukuk Mahkemesi'dir.

31.2.4. İdare veya yüklenici tarafından tahkime başvurulmuş olması halinde, yüklenici işlere devam etmek ve işin yürütülmesi ile ilgili İdarece alınacak kararlara uymak zorundadır.”

İstanbul Tahkim Merkezi, gerek Türkiye'deki gerekse yurtdışındaki ticari aktörler arasındaki uyuşmazlıkların kurumsal tahkim yoluyla bağlayıcı, nihai ve icra edilebilir olarak çözümlenmesi için yargılama hizmeti sunmaktadır. Tarafların, aralarındaki doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca tahkimde çözümleneceği hakkında anlaşmaları yeterlidir. ISTAC Tahkimi sonucunda verilen hakem kararları, tıpkı mahkeme kararları gibi icra daireleri vasıtasıyla icra edilirler ve hakem kararlarının temyize gidilmeksizin derhal icrası söz konusudur. Taraflar, uzman hakem veya hakemleri serbestçe seçebilirler. İstanbul Tahkim Merkezi Tahkimi, devlet mahkemelerinden daha esnek, hızlı ve etkin bir yargılama hizmeti sunmakta ve uyuşmazlıkların devlet mahkemelerine göre çok daha az masrafla çözümlenmesini sağlamaktadır. ISTAC Tahkim Kuralları usuli zaman çizelgesi sayesinde taraflara her aşaması öngörülebilir bir yargılama sunar. ISTAC Tahkimi, devlet yargısından farklı olarak aleni değildir. Böylelikle tahkimle ilgisi olmayan kişilerin, uyuşmazlık ve uyuşmazlığın neticesi hakkında bilgi sahibi olmaları engellenebilir. ISTAC Tahkim Kurallarına göre verilen hakem kararları, ISTAC Tahkim Divanı'nın onayına sunulmaz. United Nations Commission on International Trade Law - Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu Model Kanunu (UNCITRAL) uyarınca hazırlanmış 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile 1958 tarihli New York Sözleşmesi ve 1961 tarihli Cenevre-Avrupa Sözleşmesi'ne taraf olan Türkiye, milletlerarası bir tahkim için gerekli tüm hukuki düzenlemelere sahiptir.¹⁴

4.2.2. Resmi yargı

Kamu alımlarıyla ilgili süreç; sözleşmenin imzalanmasına kadar olan işlemleri içine alan ihale süreci ve sözleşmenin uygulanma süreci şeklinde iki aşamalı olarak gerçekleşmekte ve her iki aşamanın tabi olduğu

¹⁴ <https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/> (Erişim tarihi: 03.03.2019)

hukuki rejim farklılık arz etmektedir. Bu çerçevede, ihale sürecinde gerçekleşen işlemler idare hukukunu ilgilendirirken ve bu aşamada ortaya çıkan ihtilaflar idari yargının denetimine tabi iken, sözleşmenin uygulanması aşaması tümüyle özel hukuk alanında kalmakta ve bu aşamaya ilişkin ihtilaflar adli yargı yerlerince çözüme kavuşturulacaktır¹⁵(Gök, 2013).

Somut olayda, 4734 ve 4735 sayılı yasa hükümlerine uygun olarak ihalesi yapılan yapım işine ilişkin sözleşmenin yanlarca imzalanmış olması sonucunda sözleşme, özel hukuka tâbi nitelik kazanmış olur ve bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da özel hukuk kurallarının uygulanması gerekir. Mahkemece, “ihalenin bağlanmadığı gerekçesiyle uyuşmazlığın çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna varılmış ise de, idare ile gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılacak sözleşmenin imzalanmasından önce ve ihale aşamasında ihale ile ilgili idarece yapılan işlemler “idari işlem” sayıldığından bu aşamada gerçekleşen uyuşmazlıklarda idari yargı yeri görevli olur. Çünkü 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 1’inci ve 2’nci maddeleri hükümlerinden idari işlemlerin iptali; idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan tam yargı ve tahkim yolu öngörülen imtiyaz antlaşması ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden doğan davalar idari yargıda açılabilir. Yukarıda açıklandığı üzere, yanlar arasında yapım işine ilişkin yapılan sözleşme özel hukuk kurallarına tâbi olan bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin 5’inci maddesi hükmünde öngörülen şart, Borçlar Kanunu’nun 149’uncu maddesi hükmünde tanımlandığı üzere “erteleyici şart” niteliğindedir. Açıklanan tüm bu hukuksal nedenlerle yanlar arasındaki uyuşmazlık, özel hukuk kurallarına uygulanmasını gerektiren ve Borçlar Kanunu’nun 355’inci maddesinde tanımlanan “eser sözleşmesi” kapsamında sayılan bir yapım sözleşmesi olduğundan, bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde idari yargı görevli değildir.¹⁶

...dava konusu edilen inşaat yapım sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olması karşısında, davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır.¹⁷

YİĞŞ’nin 51’inci maddesinde;

¹⁵ Danıştay İDDK T:03.05.1985, E:80, K:71; Uyuşmazlık Mahkemesi T:02.03.1987, E:2, K:7

¹⁶ Yargıtay 15. HD, T:08.07.2008, E:3195, K:4578

¹⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, T:16.05.2005, E:16, K:36

(1) “İşin yürütülmesi veya kesin hesapların çıkarılması aşamasında yapı denetim görevlisi ile yüklenici arasında çıkabilecek anlaşmazlıklar, öncelik sırası sözleşmesinde belirtilen, sözleşme eklerindeki hükümler dikkate alınmak suretiyle aşağıda yazılı olduğu şekilde idare tarafından çözüme bağlanacaktır. Yüklenici, anlaşmazlığa yol açan konuda, bu durumun ortaya çıktığı günden başlamak üzere on beş gün içinde itiraz ve şikâyetlerinin sebeplerini açıklayan bir dilekçe ile idareye başvuracaktır.

(2) İdare, bu dilekçeyi aldığı tarihten başlamak üzere en çok iki ay içinde inceleyip bu husustaki kararını yükleniciye bildirecektir. İki ay içinde kendisine bir cevap verilmediği veya verilen karara razı olmadığı takdirde, yüklenici anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerine göre hareket etmekte serbesttir.” hükümleri yer almaktadır.

Yapım işi sözleşmelerinin uygulama sürecinde; anlaşmazlıkların karşılıklı uzlaşa ile çözülemediği durumlarda “Yüksek Fen Kurulu” da bir tahkim kurulu gibi devreye girmektedir.

Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, 2011 yılında, 644 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “Çevre ve Şehircilik Bakanlığı” olarak yeniden teşkilatlanmış olup Kurul’un görev ve sorumlulukları ile atanma şartları yeniden tertiplenmiş ve daha net hükümlerle kesinleştirilmiştir. Bayındırlık Kurulu ise yeni yapılanmada mülga edilmiş olup görevleri YFK görevleri arasında sayılmıştır.

644 sayılı KHK ile yapılan yeni düzenlemede özet olarak YFK;

- Kamu kurum ve kuruluşlarınca yapım ve yapım ile ilgili danışmanlık hizmet işlerine ilişkin olarak akdedilen sözleşmelerin yürütülmesinden doğan anlaşmazlıkları ilgili idarenin talebine istinaden inceleyip karara bağlamak,

- Kamu kurum ve kuruluşlarınca yapım ve yapım ile ilgili danışmanlık hizmet işlerine ilişkin olarak akdedilen sözleşmelerin yürütülmesinden doğan yeni fiyat tespiti anlaşmazlıklarında tarafları bağlayacak şekilde kesin fiyatı tespit etmek,

- Çevre ve imar mevzuatının yürütülmesinden doğan anlaşmazlıkları ilgili olduğu idarelerin talebine istinaden inceleyip karara bağlamak,

- Teknik veya fiziki yönden birbirini etkileyen plan ve yapım işleri ile ilgili olarak, kamu kurum ve kuruluşları arasında doğan anlaşmazlıkları, taraf olan idarelerin birlikte talep etmeleri halinde inceleyip, karara bağlamak,

- Plan, çevre, yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerine ilişkin konularda kamu kurum ve kuruluşları ve yapı kooperatiflerine görüş vermek,

- Bayındırlık ve iskân işleri ile ilgili şartname, tip sözleşme, yıllık rayiç, birim fiyat, birim fiyatlara ait analiz ve tarifler ile yapı yaklaşık m² birim maliyetlerinin ve fiyat artış oranlarının hazırlanarak yayımlanması, görevlerini üstlenmiştir.

Kamu yapım işi sözleşmelerinin uygulanmasında ortaya çıkan anlaşmazlıklar ile ilgili olarak YFK'dan görüş talep edilmesinde, sözleşmenin idare tarafının başvurusu kabul edilmekte, yükleniciler tarafından yapılan başvurular kabul edilmemekte, ancak, yüklenicilerin üyesi bulunduğu çatı dernekleri, birlikleri veya sendikaları vasıtasıyla yapılan genel nitelikteki sorunlara ilişkin başvurular kabul edilerek görüş verilmektedir. Ayrıca, yargıya intikal etmiş konularda yargıdan talep gelmedikçe karar üretilmemektedir.

Bu kapsamda; Yüksek Yargı Organları, Sayıştay, Mahkemeler, Bakanlıklar, Kamu Kurum ve Kuruluşları, Büyükşehir ve diğer belediyeler ile bunların bağlı kuruluşları, Üniversiteler, Kooperatifler, Sivil Toplum Kuruluşları, Odalar, Birlikler ve benzeri pek çok kurumun, yüklenicilerle aralarında oluşan anlaşmazlık ve tereddütlerle ilgili görüş talepleri karşılanmaktadır. Yeni fiyat anlaşmazlığına ilişkin Kurul kararları, kesin ve sözleşmenin her iki tarafını bağlayıcı niteliktedir. Diğer anlaşmazlık konularıyla ilgili yapılan başvurular için alınan Kurul kararları ise tarafları bağlayıcı yönü olmamasına rağmen itibar edilerek uygulanmakta ve yargı

evrelerince dikkate alınmaktadır. Sözleşme taraflarının, anlaşmazlıkların çözümünde Kurul kararları doğrultusunda hareket etmesinin duyulan güvene bağlı olduğu açıktır (evre ve Şehircilik Bakanlığı, 2015).



5. MEVZUAT VE YARGI KARARLARININ İNCELENMESİ

Bu bölümde; sözleşmenin yürütülmesi aşamasında karşılaşılabilecek konular projeler, yer teslimi ve işe başlama, aplikasyon, malzeme ocakları ve kullanma şartları, yüklenicinin teknik personel yükümlülüğü, alt yüklenici çalıştırılması, işin ve iş yerlerinin korunması ve sigortalanması, iş programı ve ödenek dilimleri, işin süresi, süre uzatımı ve gecikme cezası uygulaması, fiyat farkları, ihzarat uygulaması, yeni birim fiyat uygulaması, revize fiyat, iş artış ve eksilişleri, hakediş raporları başlıkları altında yargı kararları ve mevzuat ışığında incelenmektedir.

5.1. Projeler

YİĞŞ'nin projeler başlıklı 3'üncü bölümünün 11'inci maddesi projelerin yükleniciye teslimi, 12'nci maddesi projelerin uygulanması, 13'üncü maddesi projelerin tesliminde gecikme olması hususlarına yönelik hükümler içermektedir.

5.1.1. Projelerin yükleniciye teslimi

Yüklenici firmalar; teklif verme süresince ve sonrasında Elektronik Kamu Alımları Platformu'ndan (EKAP) her ne kadar ihale dokümanlarını temin edebiliyorlarsa da YİĞŞ'nin 11'inci maddesinde yer alan "Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde, yapılacak işlerin uygulama projeleri, şartnameler ve diğer teknik belgelerle (mahal listesi, porsantaj vb.) birlikte; birim fiyat esaslı sözleşmelerde, işlerin ön veya kesin projeleri, şartnameler ve diğer belgelerle birlikte, sözleşmenin imzalanması sırasında yükleniciye verilir. Ön ve/veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılan işlerde, uygulama projesinin idare tarafından hazırlanması veya hazırlatılması esas olup, bunlar, iş programına göre gerekli oldukları zamanlarda, ikişer takım olarak bir yazı ekinde yükleniciye teslim edilir." hükümleri gereğince projeler yükleniciye sözleşmenin imzalanması sırasında verilir.

Muhtelif ihtilafların önlenmesi ve teşvik ihtiyacı bakımından, teslim edilen proje ve diğer teknik belgelerin bir dizi pusulasında gösterilmek suretiyle, sözleşmenin imzalanması sırasında eksiksiz olarak yükleniciye

teslim edildiği veya yüklenicinin elinde mevcut olduğu için talepte bulunmadığı hususunun tutanağa bağlanmasında yarar vardır (Gök, 2013).

Günümüzde projelerin tamamına yakını dijital ortamda hazırlanmakta ve projeler hazırlık aşamalarında birçok revizyona uğrayarak son halini almaktadır. Yükleniciye imza karşılığı teslim edilen sözleşme ekleri ile EKAP'a yüklenen sözleşme eklerinin birbirinden farklı olması durumunda, yüklenici EKAP'tan indirdiği projeyi esas alarak teklifini verdiği için geçerli proje, sözleşmenin imzalanması sırasında yükleniciye verilen proje değil EKAP'tan indirilen proje olacaktır. Aksi durum sözleşmenin ihale dokümanına aykırılık taşımayacağı ilkesini zedelemekle ihaleye katılan ve teklif veren diğer firmalar için haksız rekabet koşulları oluşturmaktadır. Yanlışlığın iş başladıktan sonra fark edilmesi durumunda ise iş artışı, iş eksilişi, süre uzatımı, fiyat farkı gibi hususlar söz konusu olabilecektir.

YİĞŞ'nin projelerin tesliminde gecikme olması başlıklı 12'inci maddesinde de "müteahhit'in bir yazı ile idareye başvurması" gerektiği belirtilmektedir. Projelerin sözleşme eki olarak idarece verilmediği, yer teslimi tutanağında projelerin hazır olmadığı belirtilerek taraflarca imzalandığından, müteahhidin ayrıca yazı ile müracaat etme şartının aranmaması gerekeceğine, süre uzatımında ise yer tesliminin esas alınması gerektiği görüşlerine varılmıştır.¹⁸

4734 sayılı KİK'in 62'inci maddesi c bendinde yer alan "Yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılmaz. İhale konusu yapım işinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemediği durumlarda ön veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir. Uygulama projesi bulunan yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale yapılması zorunludur. 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

¹⁸ YFK'nın 18 Nisan 2002 tarihli ve B.09.0.YFK.0.00.00.00/2/491 sayılı görüşü

ise kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir. Bu işlerin uygulama projesi yapılabilen kısımlar için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlarda ise her bir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale yapılabilir. Arsa temini, mülkiyet ve kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması şartı, 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 doğalgaz boru hattı projelerinde aranmaz.” hükümleri ile sözleşme türlerine göre sözleşmenin eklerine yönelik konuya açıklık getirilmiştir. Sözleşmenin eklerinin eksikliği çoğu zaman itilaf konusu olmakla birlikte ihalenin iptaline kadar sonuçlara yol açabilmektedir.

Söz konusu ihalenin uygulama projesi ile değil kesin proje üzerinden ihale edildiği, idare tarafından söz konusu işe ilişkin kesin projelerin hazırlanarak ihale dokümanı kapsamında isteklilere verildiği hususunun da dikkate alınması sonucunda ihale konusu işin mahiyetinde yer alan bir yan imalat niteliğinde olan toprakarme duvar yapılması kalemine ilişkin detay projelerin verilmemiş olmasının isteklilerin tekliflerini hazırlamasına engel teşkil edecek nitelikte olmadığı sonucuna varılmış olup, ayrıca ihale dokümanında yer alan Genel Açıklamaların 9’uncu maddesinde idarece gerekli görülmesi durumunda yeni proje yaptırılabilirliğinin de açık bir şekilde düzenlendiği ve idare tarafından iddia konusu imalata ilişkin detay projelerin yükleniciye yaptırılacağı anlaşıldığından başvuru sahibinin iddiası yerinde bulunmamıştır.¹⁹

Uygulama projesi olmayan inceleme konusu yapım işinin anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale edilmesinin Kanunun yukarıda yer verilen hükmüne aykırı olduğu kanaatine varıldığından... ihalenin iptali gerekmektedir.²⁰

YİĞŞ’nin 13’üncü maddesi gereğince; “İş için gerekli olan projelerle diğer teknik belgelerin yükleniciye tesliminde gecikme olması veya uygulanmak üzere yükleniciye verilen proje ve teknik belgelerde, yeni proje veya belge hazırlanmasını gerektirecek ve dolayısıyla zamana ihtiyaç gösterecek şekilde değişiklik yapılması hallerinde yüklenici hiçbir itiraz öne süremeyecektir. Ancak bu gecikme, işin bir kısmının veya hepsinin zamanında bitirilmesini geciktirirse

¹⁹ Kamu İhale Kurumunun 29.07.2015 tarihli ve 2015/UY.III-2095 sayılı kararı

²⁰ Kamu İhale Kurumunun 26.01.2012 tarihli ve 2012/UY.I-584 sayılı kararı

sözleşmedeki iş süresi, işin bir kısmı veya tamamı için gecikmeyi karşılayacak şekilde uzatılır." hükmü ile süre talebi dışında sözleşmenin feshi ve tazminat taleplerinde bulunamayacağını anlamını taşımaktadır. Ancak çok uzun sayılabilecek durumlarda ağır kusur halini oluşturduğundan, bu tür durumlarda yüklenici sözleşmeden dönebileceği gibi zarar ziyan talebinde de bulunabilecektir (Gök, 2013).

5.1.2. Projelerin yükleniciye hazırlanması

Ön veya kesin proje üzerinden ihale edilen işlerde uygulama projesinin idare tarafından hazırlanması/hazırlanması esastır. Ancak, YİĞŞ'nin 11.4'üncü maddesi uyarınca uygulama projelerinin yüklenici tarafından hazırlanması da istenebilir, bu durumda aşağıdaki esaslar geçerlidir:

a) Yüklenicinin yapacağı uygulama projeleri, hesaplar vb. sözleşme ve eklerinde belirtilen şartlara, idare tarafından kendisine verilen ön/kesin projelere, talimatlara, esaslara, fen ve sanat kurallarına uygun olarak iş programını aksatmayacak şekilde hazırlanır ve uygulamada gerekli görülecek tüm ölçüleri ve ayrıntıları kapsar.

b) Uygulama projelerinin hazırlanması sırasında, farklı tercihlerin mümkün olması hallerinde, yüklenici, seçim yapılabilmesini sağlamak üzere bu tercihleri gösteren projeleri, hesapları ve diğer gerekli bilgi ve raporları hazırlayıp idareye verir.

c) Yüklenici tarafından hazırlanan uygulama projelerinde idare tarafından değişiklik yapılması gerekli görüldüğü ve/veya verilen bilgiler yeterli görülmediği takdirde, projelerde ve ilgili raporlarda istenen değişikliklerin yapılması ve/veya eksik bilgilerin tamamlanması için projeler, istenilenlere uygun şekilde getirilmek üzere, yükleniciye geri verilir. İdare, isterse projeler üzerinde kendisi de değişiklik yapabilir.

ç) Onay işlemi sırasında idare tarafından proje ve eklerinde hatalar ve eksikler tespit edildiği takdirde, yüklenici idarenin yazılı talimatı üzerine ve verilen süre içinde, ayrıca bir bedel ödenmesini istemeksizin bunları düzeltmek zorundadır.

d) Sözleşme veya eklerinde başka bir hüküm bulunmadığı takdirde, yüklenici tarafından idareye verilen projeler ve ilgili raporlar, verildikleri tarihten başlamak üzere bir aylık süre içinde aynen onaylanmış veya gerekli görülen değişiklikler yapılmış olarak veya eksiklerin tamamlanması kaydı ile yükleniciye geri verilir. Bu konuda gecikme olursa yüklenici, iş süresinin bu gecikme süresi kadar uzatılması hususunda hak kazanmış olur.

e) İdare, değiştirilmesini gerekli gördüğü projeleri, değişikliğin özelliğine, işin aciliyet durumuna göre, isterse, yapılması gerekli görülen değişikliklerin daha sonra yapılması şartı ile onaylayabilir.

f) Yüklenici, hazırladığı projelerin ve hesapların hata ve eksiklerinden ve bunların her türlü sonuçlarından sorumludur. Projelerin idare tarafından görülmüş ve onaylanmış olması yükleniciyi bu sorumluluktan kurtarmaz.

g) Yüklenici tarafından hazırlanan proje ve hesapların belirlenen tarihlerde idareye verilmemesinden, verilen proje ve hesapların hata ve eksiklerinden dolayı, idarece onaylanmadan geri verilmiş olmalarından kaynaklanan zaman kayıpları ve gecikmelerden yüklenici sorumludur.

YİĞŞ'nin 11.6'ncı maddesinde yer alan "Proje ve proje yapılması için gereken mühendislik hizmetleri için (harita alımı, jeoteknik etüt ve sondajlar, vb.) yükleniciye, ihale dokümanında öngörülmesi şartıyla birim fiyat üzerinden ödeme yapılabilir." hükmünden Gök (2013) aşağıdaki sonuçları çıkarmıştır.

- Uygulama projeleri bedeli karşılığında yükleniciye yaptırılmalıdır.
- Yaklaşık maliyet, yükleniciye yaptırılması düşünülen ve teklif birim fiyat cetvelinde gösterilecek olan proje hizmetlerini de dikkate alınarak hazırlanmalıdır.
- Yükleniciye yaptırılması düşünülen uygulama projeleri, iş kalemleri itibariyle teklif birim fiyat cetvelinde gösterilmelidir.
- Bu hizmetler için istekli tarafından teklif edilen bedeller ödemeye esas alınmalıdır.

5.1.3. Projeye itiraz

Sözleşmenin birinci öncelikli eki sayılan YİĞŞ'nin 14'üncü maddesi 3'üncü bendinde “Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yere, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır. Bununla birlikte yüklenici, kendisine verilen projelerin ve/veya şartnamelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim edilmiş veya talimat alış tarihinden başlayarak on beş gün içinde (özellikli bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, yüklenicinin isteği halinde bu süre idarece artırılabilir) idareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu sürenin aşılması halinde yüklenicinin itiraz hakkı kalmaz. Yüklenicinin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde yüklenici, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur.” hükmü bulunmaktadır. Benzer düzenleme 6098 sayılı TBK'nın 472'nci maddesinin son fıkrasında “eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.” ve 6098 sayılı TBK'nın 471'nci maddesinde “Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Davalı yüklenici teknik şartnamedeki tarifin yetersiz olduğu teknik şartnamede belirtilen malzemenin ve yapım usulünün aksine imalatta özel katkılı yapıştırıcıların kullanılması ve ilave genleşme derzleri açılması gerektiği yönünde idareyi uyardığını ispatlayamamıştır. Bu nedenle idareye kusur atfı mümkün değildir. Mahkemece davacı idareye %30 oranında kusur verilerek ve

hesaplanan miktardan bu oranda indirim yapılarak sonuca gidilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle de davacı idare yararına bozulması gerekmiştir.²¹

Davacı iş sahibi ayıp nedeniyle oluşan zararın giderilme bedelini istemekte, davalı yan ise, ayıpların projeden kaynaklandığını savunmaktadır....Bu durumda sözleşme ve mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/son maddesi hükümleri uyarınca, davalı yüklenici iş sahibini uyardığını ve projelerin tesliminden itibaren 15 gün içinde idareye başvuruda bulunduğunu kanıtlayamamıştır. Bu nedenle yüklenici ayıplardan kaynaklanan zarardan sorumlu tutulmalıdır.²²

Davacı temel kazısını müteakip, davalı ihaleye gönderdiği 18.02.1985 günlü yazısıyla, toprak ve su durumuna göre projede değişiklik yapılarak mütemadi temel yerine radye temel yapılması gerektiği, aksi halde çökme ve oyuklar olabileceğini bildirmekle BK'nın 357/son ve sözleşmenin eki BİGŞ'nin 13'üncü maddesi uyarınca yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Bu nedenle mütemadi temel yapımına bağlı ayıplardan sorumlu tutulamaz.²³

Uygulama projelerinin yapım işini yürüten yükleniciye yaptırılmaması durumunda ve ayrı bir hizmet alımı şeklinde hazırlattırılarak yükleniciye teslim edilmesi durumundaki proje hatalarında; yüklenicinin “sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alış tarihinden başlayarak on beş gün içinde yazılı olarak bildirme yükümlülüğü” kadar projeyi hazırlayan yüklenicinin de sorumluluğu söz konusudur. Bu sorumluluk 4735 sayılı KİSK'in 32'inci maddesinde “Danışmanlık hizmetlerinde; tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, hatalı yaklaşık maliyet tespiti, işlerin yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapılmaması, meslek ahlakına uygun davranılmaması, bilgi ve deneyimin idarenin yararına kullanılmaması ve benzeri nedenlerle meydana gelen zarar ve ziyandan hizmet sunucusu doğrudan, yapı denetimi hizmetinin sunulduğu durumda ise yapım işini üstlenen yüklenici ve alt yüklenicilerle birlikte onbeş yıl süre ile müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre hizmet sunucusuna ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 27'nci madde hükümleri uygulanır.” hükümleri ile yer almaktadır. Ancak, uygulamada

²¹ Yargıtay 15. HD, T:02.11.2011, E:474, K:6430

²² Yargıtay 15. HD, T:30.09.2014, E:235, K:5957

²³ Yargıtay 15. HD, T:22.04.1991, E:4761, K:1956

idarelerce sadece yüklenicinin 15 gün içindeki bildirim sorumluluğu göz önünde bulundurularak işlem yapılmaktadır. Mevzuatta bu duruma atıfta bulunan projeyi hazırlayan yüklenici ile uygulayıcı yüklenici arasındaki sorumluluğu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Özetle; çoğu zaman yapılması zorunlu ve projede yer almayan bir imalattan kaynaklanan maddi külfeti uygulayıcı yüklenici tek taraflı üstlenmek durumunda kalmaktadır.

5.1.4. Nihai projeler (Uygulanmış projeler)

İşlerin geçici kabulü yapıldıktan sonra, uygulama projeleri ister idarece verilmiş, ister yüklenici tarafından hazırlanarak idarece onaylanmış olsun, uygulama sırasında yapılmış değişiklikleri de içeren ve işin bitmiş durumunu gösteren nihai projeler (uygulanmış projeler) yüklenici tarafından bedelsiz olarak hazırlanıp orijinalleri idareye teslim edilir. Projede gerçekleşen değişiklikleri göstermesi itibari ile önem arz etmektedir. Kesin hesaba konu olacak değişiklikler hususunda bir bakıma karşılıklı mutabakattır.

5.2. Yer Teslimi ve İşe Başlama

Tip sözleşmenin “İşe başlama ve bitirme tarihi” başlıklı 9’uncu ve YİĞŞ’nin “İşyerinin yükleniciye teslimi” başlıklı 6’ncı maddesinde hüküm altına alınmıştır.

5.2.1. Mevzuatta yer alan hükümler

Tip Sözleşmede “İşe başlama ve bitirme tarihi” başlıklı 9’uncu maddesinde yer alan hükümler aşağıdaki gibidir.

9.1. Sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren ... (rakam ve yazıyla)gün içinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre yer teslimi yapılarak işe başlanır.

9.2. Yüklenici taahhüdün tümünü, işyeri teslim tarihinden itibaren gün içinde tamamlayarak geçici kabule hazır hale getirmek zorundadır. Sürenin hesaplanmasında; havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmayan dönemi

ile resmi tatil günleri dikkate alındığından, bu nedenlerle ayrıca süre uzatımı verilmez.

9.3.İşin müstakil kullanımına elverişli kısımları ve bitirme tarihlerine bu madde de yer verilecektir. (Kısmi kabul öngörülmüşse)

9.4. Bu işyerinde havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmadığı günler tarihleri arasındaki(rakam ve yazıyla) ... gündür. Ancak, işin bitiminde bu devre dikkate alınmaz ve İdare Yükleniciden teknik şartları yerine getirerek işi tamamlaması için bu dönemde çalışmasını isteyebilir. Zorunlu nedenlerle ertesi yıla sari hale gelen işlerde, çalışmaya uygun olmayan devre, ödenek durumuna ve imalatın cinsine göre dikkate alınır.

YİĞŞ'de "İşyerinin yükleniciye teslimi" başlıklı 6'ncı maddesinde yer alan hükümler aşağıdaki gibidir.

(1) Sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmede yazılı süre içinde işe başlanabilmesi için işyeri, ihaleye esas proje ve mahal listesine göre; eksen kazıkları, someler, röperler ve benzerleri, proje sahası, güzergâh, zemin veya buna benzer yerler üzerinde kontrol edilerek, İdare tarafından görevlendirilen yapı denetim görevlisinin de bulunduğu komisyon tarafından yükleniciye teslim edilir. Bu hususta iki taraf arasında bir tutanak düzenlenir.

(2) Yer teslim tutanağının imzalanmasıyla yükleniciye yer teslimi yapılmış olur. Ancak; yer teslim tutanağında, yer tesliminin tutanağın onaylanması halinde gerçekleşmiş olacağı belirtilmesi halinde, tutanağın onaylandığından yükleniciye tebliğ edildiği tarihte yer teslimi yapılmış olur.

(3) Yüklenici, kendisine teslim edilen işyerindeki someler ve röperleri işin sonuna kadar korumak ve varsa toprak işlerine ait eksen kazıklarını da, bu işler bittikten sonra boy kesite göre tekrar yerlerine çakmak zorundadır.

(4) İdare, işin yapılacağı yerleri, sözleşme veya eklerinde aksi yazılı olmadıkça, iş için gerekli tesislerin kurulmasında ihtiyaç duyulan sahalara ile hizmet yollarının geçeceği yerleri, her türlü toprak işlerine ait olup sözleşme veya eklerinde belirlenmiş veya sonradan idarece tespit edilmiş olan arizet ve depo yerlerini, sözleşme veya eklerinde kamuya ait ocaklardan temini öngörülen yapı malzemeleri varsa (taş, kum, çakıl, gravye, balast, stabilize vb.) bunların temin yerlerini, yükleniciye bedelsiz olarak teslim eder. İşyeri yükleniciye kısımlar halinde de teslim edilebilir.

(5) İş için gerekli olması nedeniyle, el konacak taşınmaz malların kamulaştırılmasına veya geçici işgaline ait harita, plan, cetveller ve diğer bütün işlemler, sözleşmede aksi yazılı olmadığı takdirde, idarece yapılır ve kamulaştırılacak veya geçici olarak el konacak yerler, işlemler tamamlandıkça iş programına uygun olarak kısım kısım yükleniciye teslim edilir.

(6) İşlerin yapılacağı yerlerin yükleniciye tesliminde gecikme olması ve bunun işin bir kısmının veya tamamının zamanında bitirilmesini geciktirmesi halinde, sözleşmede tespit edilen iş süresi, işin bir kısmı veya tamamı için gecikmeyi karşılayacak şekilde uzatılır.

(7) Zorunluluk halinde, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla yükleniciye teslim edilmiş olan işyerlerinde değişiklik yapılabilir. Bu durumda, iş başına getirilmiş olan malzeme, araç ve makinelerin yeni iş yerine taşınması giderleri ile eski iş yerinde (kurulmuş ise) şantiye bina ve tesislerin yeni iş yerine taşınma ve kurulma giderleri yükleniciye aittir. Bu durumda işin süresi, işin bir kısmı veya tamamı için gecikmeyi karşılayacak kadar uzatılır.

5.2.2. İnceleme

Yapım işlerine ait tip sözleşmenin 9.1'inci maddesinde; "Sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren ...(rakam ve yazıyla) ...gün içinde YİĞŞ hükümlerine göre yer teslimi yapılarak işe başlanır." hükmünden anlaşılacağı üzere sözleşmeden sonra kaç gün içinde yer teslimi yapılacağı hususunda standart bir kural konulmayarak takdir yetkisi ihaleyi yapan idareye bırakılmıştır. "Yer teslimi yapılarak işe başlanır" hükmü gereğince de yer teslimi tarihi itibarıyla yüklenicinin işe başlamış olacağı anlaşılmaktadır. YİĞŞ madde 6.2'de de "Yer teslim tutanağının imzalanmasıyla yükleniciye yer teslimi yapılmış olur. Ancak; yer teslim tutanağında, yer tesliminin tutanağın onaylanması halinde gerçekleşmiş olacağının belirtilmesi halinde, tutanağın onaylandığının yükleniciye tebliğ edildiği tarihte yer teslimi yapılmış olur." denilmektedir. Özetle; işe başlama tarihinin tespiti için ayrıca bir tutanak veya belgeye ihtiyaç yoktur.

Birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat ve onarım işlerinin tespitinde, işe başlama tarihi olarak yer tesliminin yapıldığı tarihin esas alınması gerekir.²⁴

²⁴ Sayıştay Temyiz Kurulunun 18.06.1996 tarihli ve 23891 sayılı kararı

YİĞŞ md. 6.6'da "İşlerin yapılacağı yerlerin yükleniciye tesliminde gecikme olması ve bunun için bir kısmının veya tamamının zamanında bitirilmesini geciktirmesi halinde, sözleşmede tespit edilen iş süresi, işin bir kısmı veya tamamı için gecikmeyi karşılayacak şekilde uzatılır." denilmektedir. Ancak; İdarenin yer tesliminden doğan sorumluluğu belirlenirken, yer teslimindeki sorunların işin yapılmasını gerçekten aksatıp aksatmadığı araştırılmalıdır.

Yer tesliminin, iş programını aksatmayacak şekilde kısımlar halinde teslim edilmesinin, sözleşmeye aykırılık teşkil etmediği...²⁵

Yer tesliminde tartışmalı hususlardan birincisi; idareden kaynaklı gecikmelerle zamanında yapılamayan yer tesliminin yükleniciye süre uzatımı hakkı doğurup doğurmayacağı ve süre uzatımı hakkı doğmuşsa yüklenicinin süre uzatımı dışındaki fiyat farkı, tazminat vb. taleplerinin karşılanıp karşılanamayacağıdır. Sayıştay uzman denetçisi Gök'e (2013) göre, "Mevcut düzenleme çerçevesinde idarenin iş yeri tesliminde normal ölçüler içerisindeki gecikme süre uzatımıyla telafi edilebilir ancak bu gecikmenin normal ölçülerin üzerinde yükleniciyi ağır zarara sokacak şekilde gerçekleşmesi halinde ise yüklenicinin sözleşmenin feshi de dâhil zarar-zıyan taleplerinin gündeme gelebilir". Ancak diğer bir görüşe göre, "YİĞŞ'de yer tesliminde gecikme olmasının süre uzatımına dayanak olması yaklaşımının doğru olmadığı değerlendirilmektedir. Çünkü zaten yer tesliminden sonra işin süresi hesap edilecektir. Yer teslimi geç yapılmışsa yükleniciye süre uzatımı değil, geç teslimden sonraki tarih için işin süresi hesap edilecektir. Bu sebeple Şartnamede yer alan ifadelerin yer tesliminde gecikme olması halinde bu süre işin süresinden düşülemez şeklinde veya fiilen yer tesliminin gerçekleştirilememesi olarak anlaşılması uygun olacaktır."²⁶

İş sahibi yer teslimi borcu yönünden temerrüde düşmüştür. Yer teslimi konusundaki tahammül ve makul bekleme süresi aşıldığından, davacı

²⁵ Yargıtay 15 HD, T:12.5.1977, E:268, K:1109

²⁶ www.malihakem.com, Yapım İşlerinde İşyeri Teslimi ve Süre Uzatımına Etkisi, (Erişim tarihi:03.10.2017)

yüklenicinin sözleşmenin feshini istemekte haklıdır.... sözleşmenin feshine ve kesin teminatın iadesine karar verilmelidir... maddi tazminat yönünden ise talepleri bilirkişiden rapor alınmak suretiyle değerlendirilmelidir.²⁷

İdare sözleşmede öngörülen tarihte yer teslimi yapmamıştır... yer tesliminin yapılmadığı, yapılmasının da Danıştay'a açılan dava sebebiyle mümkün olamayacağı saptanmıştır. ... Bu nedenlerle de yüklenicinin olumlu ve olumsuz zararlarının ödetilmesine karar verilmesi gerekir.²⁸

Sözleşmenin yerine getirilmesi için Sayıştay tescilinin yazı ile yükleniciye duyurulması ve yer teslimi şarttır. Borç ifasında öncelik, davalı idareye düşmektedir. İdarenin, ihtara rağmen bunun yerine getirmedeği ve mütemerrit duruma düştüğü halde, yüklenicinin sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getiremediği gerekçesiyle sözleşmeyi tek taraflı feshederek teminatları irat kaydetmesi, sözleşme ve yasa hükümlerine aykırıdır.²⁹

İş sahibi tarafından yer teslimi yapılmadığı halde, akdin feshi ve ceza talebi haklı görülemez.³⁰

Yüklenici, İdarenin yer teslimi ve proje verilmesinde mutad dışı gecikmesi halinde, sözleşme ve şartname ile kendisine düşen borçları zamanında yerine getirmedeği gerekçesiyle BK'nın 106 ve sonraki maddeleri hükümlerine dayanarak, sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Ancak yüklenici bu hakkını kullanmayı bir tarafa bırakıp işe devam etmeyi seçtiğine göre, artık gecikmenin normal olup olmadığını araştırmak ve ona göre bir sonuca varmak hukuken mümkün değildir.³¹

İşin sözleşmesinin imzalanmasını müteakip süresi içinde 06.06.2013 tarihinde yer tesliminin yapıldığı ancak, hafriyat çalışması devam ettiğinden aynı gün işe başlanılmadığının yer teslim tutanağında belirtildiği, bilahare ... 06.08.2013 tarihinde yapıldığı ve bu durumun "Fiili İşyeri Teslim Tutanağı" adı altında düzenlenen tutanağa geçirildiği ilgi yazınızdan anlaşılmaktadır... 06.06.2013 tarihinde yapılan yer teslimine dayalı olarak sözleşmenin 12'nci ve sözleşme eki YİGŞ'nin 17'nci maddeleri hükümlerine uygun olarak ilk iş programının düzenlenmiş ve tasdik edilmiş olması gerekmektedir. ...idarenizce gerekli süre uzatımının verilerek revize iş programının hazırlanması ve idarenizce

²⁷ Yargıtay 15. HD, T:26.09.2013, E:6076, K:5196

²⁸ Yargıtay 15. HD, T:05.07.1976, E:1426, K:2774

²⁹ Yargıtay 15. HD, T:23.11.1987, E:226, K:4056

³⁰ Yargıtay 15. HD, T:31.10.1990, E:446, K:6481

³¹ Yargıtay 15. HD, T:21.06.1977, E:151, K: 1399

onaylanması gerekli olmaktadır. Uzatılan süre içinde ve bu süreye göre revize edilen iş programına uygun olarak ... fiyat farkı ödenmesinin mümkün bulunduğu değerlendirilmektedir.³²

Yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın, yer tesliminin geç yapılması sebebiyle yapılamayan iş miktarı için işin süresinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması halinde, uzatılan süresi içerisinde ve bu süreye göre düzenlenen iş programına uygun olarak ... fiyat farkı verilebileceğine...³³

Latif Onur UĞUR'un yaptığı bir çalışmada; Türkiye Resmi Sektör İnşaat Mütahhitleri İşveren Sendikası (TÜRKİNŞA) üyesi yapım firmalarından Ankara merkezli olanlara, Türkiye Cumhuriyeti kamu yapım projelerinde geçerli olan yapım işleri mevzuatının bazı düzenlemeleri ve YİĞŞ esasları üzerine bir anket uygulanmıştır. Buna göre; yer tesliminde idare kaynaklı problem yaşayan firmalara sorulan “yer teslimi gecikmelerinde idare tarafından süre uzatımı verilmesine ek olarak, gecikmeden kaynaklı ve belgelendirilebilen maliyetler idare tarafından karşılanmalı mı?” sorusuna firmaların %88,9'u “evet” yanıtını vermiştir. Sonuç olarak, YİĞŞ'nin, idarenin sebebiyet verdiği gecikmelerde yalnızca süre uzatıma imkân vermesi, resmi belgelerle ispatlanmış olsa bile yüklenici firmaların bu sebeple karşılaştıkları ek maliyetleri ödemeye kesinlikle izin vermeyen yapısının öncelikle düzeltilmesi gereken hususlardan biri olduğu düşünülmektedir. (Uğur, 2014)

Tartışmalı hususlardan ikincisi; yer teslimi komisyonundaki kişilerin kimlerden oluşacağıdır. YİĞŞ'nin 6.1'inci maddesinde yer tesliminin yapı denetim görevlisinin içinde bulunduğu komisyon tarafından yapılacağı belirtilmektedir. YİĞŞ'nin 4'üncü maddesinde yapı denetim görevlisi, idare tarafından işlerin denetimi için görevlendirilecek bir memur veya bir heyeti ve/veya idare dışından bu işleri yapmak üzere görevlendirilen gerçek veya tüzel kişi veya kişileri ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Bu çerçevede idare, yapı denetim görevini icra etmek üzere; kontrol amiri, kontrol şefi ve kontrol mühendisi şeklinde bir

³² YFK'nın 24.02.2014 tarihli ve 11-495-V. sayılı yazıya cevaben görüşü

³³ YFK'nın 11.07.2012 tarihli ve 2012/43 sayılı kararı

denetim örgütü görevlendirmişse, işyeri tesliminin bu kişiler ve bu kişilere ilaveten gönderilen kişi veya kişilerden müteşekkil bir komisyonca gerçekleştirilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle bu amaçla oluşturulacak komisyona yapı denetim görevlisi/örgütü yanında yapı denetim ekibi dışından birileri de dâhil edilmelidir (Gök, 2013). Ancak, hali hazırda yer tesliminin yapılması için komisyon kurulması gibi bir uygulama yürütülmemektedir. Şahsi kanaatimce, düzenlemedeki kasıt kontrol teşkilatında görev almayan ancak yer teslimi esnasında aplikasyon vb. işlemleri için harita teknikeri, harita mühendisi gibi teknik personele ihtiyaç duyulması halinde bu personelinde yer teslimi tutanaklarında yer almasını sağlamaktır. Yasa koyucu tarafından gerçekten bir komisyon kurulması kastedilmiş olsaydı kurulacak komisyonun özelliklerine kabul işlemlerinde olduğu gibi bir atıfta bulunacağı değerlendirilmektedir.

Tartışmalı hususlardan üçüncüsü; yer teslim zamanının tespitinde sözleşmenin imzalandığı günün süreye ve yer tesliminin yapıldığı günün işin süresine dâhil olup olmadığıdır. Sözleşmenin ilgili maddesinde yer alan “sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren ifadesi” verilen sürenin hesabında sözleşmenin imzalandığı günün de sayılması gerektiği gibi bir anlam çağrıştırıyorsa da, Kanunda ve ikincil mevzuatta geçen “itibaren” ve “izleyen” ifadelerinin eş anlamlı kullanılmış olması, Kamu İhale Kurumunun da bu iki terimden aynı anlam çıkarması ve disipliner ya da hak düşürücü süre hesaplamalarında muhataba bildirimden sonra eksiksiz bir zamanın bırakılma zarureti dikkate alındığında, ... sürenin, sözleşmenin imzalandığı tarihi takip eden günden itibaren sayılması ve günün sonuna kadar sözleşmenin imzalanması gerektiği anlaşılmaktadır (Gök, 2013). Çeşitli yargı kararları ve vergi kanunu incelendiğinde verilen sürelerin başlangıç zamanını olayın gerçekleştiği günün ardından başladığı açıktır. Ancak fiiliyatta yapı denetim görevlilerinin emniyette kalma amacıyla yer teslimi yapılacak zamanın tespitinde sözleşmenin imzalandığı günü ve/veya işin süresine yer teslim tarihini dâhil etmeleri çok sık rastlanan bir durumdur.

Tartışmalı hususlardan dördüncüsü; idarelerce ihalelerin zamanında yapılması, birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliği olan işlerde (doğal afetler nedeniyle yapılması gerekenler hariç) ise yılın ilk dokuz ayında sonuçlandırılmasının ihmal edildiği ya da idareden kaynaklanmayan nedenlerle bahse konu kuralın uygulanamadığı durumlarda izlenecek yolun belirsizliğidir. Bir başka deyişle, ödeneğin kullanılmasına imkân sağlayacak şekilde ihale süreci sonuçlandırılmadığında (yer tesliminin iklim şartları bakımından çalışılmayan devrede ya da ertesi yılda gerçekleşmesi halinde) süre uzatımı ve fiyat farkı hakkının doğup doğmayacağı hususudur.

4734 sayılı KİK'in 62'nci maddesinde yer alan hükümler aşağıdaki gibidir:

Madde 62- a) Yatırım projelerinin planlanan sürede tamamlanarak ekonomiye kazandırılabilmesi amacıyla, birden fazla yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için, işin süresine uygun olarak yıllar itibariyle ödeneğin bütçelerinde bulunmasını sağlamak üzere programlamanın yapılmış olması zorunludur. İlk yıl için öngörülen ödenek proje maliyetinin % 10'undan az olamaz ve başlangıçta daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimleri sonraki yıllarda azaltılamaz.

b) Öngörülen ödeneklerin kullanılmasına imkân verecek süre dikkate alınarak, idarelerce ihalelerin zamanında yapılması, birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliği olan işlerde (doğal afetler nedeniyle yapılması gerekenler hariç) ise yılın ilk dokuz ayında ihalenin sonuçlandırılması esastır. (Ek ibare: 30.7.2003-4964/38 md.) Ancak ertesi malî yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki malî yıl sona ermeden ihaleye çıkılabilir.

Kamu İhale Genel Tebliğinde "Birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliğinde olan işlere ait ihalelerin yapılma zamanı" ile ilgili yorum şöyledir.

4734 sayılı Kanunun "İdarelerce Uyulması Gereken Diğer Kurallar" başlıklı 62'nci maddesinin (b) bendinde; "Öngörülen ödeneklerin kullanılmasına imkân verecek süre dikkate alınarak, idarelerce ihalelerin zamanında yapılması, birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliği olan işlerde (doğal afetler nedeniyle yapılması gerekenler hariç) ise yılın ilk dokuz ayında ihalenin sonuçlandırılması esastır." hükmü yer almaktadır. Kanunun anılan maddesinde yer alan düzenlemeyle, ihale konusu işin öngörülen sürede bitirilmesi ve bu iş için

öngörülen ödeneklerin zamanında kullanılması amaçlanmaktadır. Bu nedenle, birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliği olan işlerde (doğal afetler nedeniyle yapılması gerekenler hariç) yılın ilk dokuz ayında ihalenin sonuçlandırılmasının esas olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak, idarelerin hukuken geçerli nedenleri bulunması halinde, birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliği olan işlere ilişkin ihalelerin, yılın ilk dokuz ayında sonuçlandırılması yasal bir zorunluluk olarak değerlendirilmemelidir. (Kamu İhale Genel Tebliği md. 19.1)

Kamu İhale Genel Tebliğinde belirtildiği gibi hukuken geçerli nedenlerle öngörülen ödeneğin kullanılmasına imkân sağlayacak şekilde ihale süreci sonuçlandırılmadığında (yer tesliminin iklim şartları bakımından çalışılmayan devrede ya da ertesi yılda gerçekleşmesi halinde) ihale yılı ödeneğinin ait olduğu yılda kullanılması fiilen mümkün olmayacağından, yükleniciye 20 gün içerisinde müracaat etmesi koşulu aranmadan süre uzatımı verilmesi ve ihale yılı ödeneğinin müteakip yıla aktarılması gerekmektedir (Gök, 2013).

İdarelerce yılın son aylarında ihale edilen yapım işleriyle ilgili vize ve tescil işlemlerinde yasal süreye nazaran herhangi bir gecikme olmamakla birlikte bu işlere ait tescil veya yer tesliminin iklim şartları bakımından çalışılmayan devrede ya da ertesi yılda gerçekleşmesi halinde bu durumun süre uzatımını gerektiren zorunlu nedenler arasında sayılan "idarenin sebep verdiği haller" kapsamına girebileceğine, bu suretle ertesi yıla sirayet eden işler için, iş programında ve ödenek dilimlerinde usulü dairesinde değişiklik yapılmış olması koşuluyla fiyat farkı ödenebileceğine...³⁴

Sayıştay Genel Kurul Kararında sözleşmenin tekemmül süresinde herhangi bir gecikme olmamasına rağmen yer tesliminin iklim şartları bakımından çalışılmayan devrede ya da ertesi yılda gerçekleşmesi halini süre uzatımı sebebi kabul etmişse de; mevcut durumda sözleşmenin tekemmülündeki gecikmelerden (şikâyet ve itirazın şikâyet nedeniyle ihale sürecinin uzaması gibi) kaynaklanmış olsa da aynı mantık çerçevesinde süre uzatımı verilmelidir. Zira kararda bu şekilde bir ayırım yapılması eski sistemde sözleşmenin tekemmülündeki gecikmelerin ayrıca süre uzatımı nedeni sayılması olgusuna dayanmaktadır. Mevcut sistem de

³⁴ Sayıştay Genel Kurulunun 08.12.1988 tarihli ve 4635/2 sayılı kararı

sözleşmenin tekemmül süresiyle ilgili standart bir süre belirlenmediğinden böyle bir ayırım yapma imkânı bulunmamaktadır. Sözleşmenin tekemmülündeki gecikmelerde de süre uzatımı verilebilmesi ve ödenek aktarılabilmesi için yer tesliminin çalışılmayan dönemde veya ertesi yılda yapılması bir başka deyişle yüklenicinin ihalenin yapıldığı yıla ait ödeneği fiilen kullanmasının mümkün olmaması gerekir. İhale yılı ödeneğinin müteakip yıla aktarıldığı ve yüklenicinin de hem aktarılan ödenek hem de ilgili yıl ödeneğinin tamamını o yıl içinde harcamayı kabullendiği durumlarda süre uzatımı verilmesine ve son yıl ödeneğin değiştirilmesine ihtiyaç yoktur. Ancak yükleniciyi bu tür kabule zorlama imkânı bulunmamaktadır (Gök, 2013).

Sözleşmenin imzalanmasından sonra yer tesliminin zamanında yapıldığı, ihale sürecinin uzaması gerekçe gösterilerek fiyat farkı ödenmesi talebinin sözleşme ve ekleri hükümlerine uygun düşmeyeceğine...³⁵

5.3. Aplikasyon

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 16.03.2010 tarihli ve 2010/4 sayılı "Talebe Bağlı Olarak Yapılan Değişiklik İşlemleri Hakkında" Genelgesi'nde; aplikasyon; "Taşınmaza ait mülkiyet veya irtifak hakkı sınırlarının, tapu planındaki bilgi ve belgelerine uygun olarak zeminde işaretlenmesi" şeklinde tanımlanmıştır.

5.3.1. Mevzuatta yer alan hükümler

YİĞŞ'nin 6.1'nci maddesinde yer alan "Sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmede yazılı süre içinde işe başlanabilmesi için işyeri, ihaleye esas proje ve mahal listesine göre; eksen kazıkları, someler, röperler ve benzerleri, proje sahası, güzergah, zemin veya buna benzer yerler üzerinde kontrol edilerek, İdare tarafından görevlendirilen yapı denetim görevlisinin de bulunduğu komisyon tarafından yükleniciye teslim edilir. Bu hususta iki taraf arasında bir tutanak düzenlenir." hükmü gereğince aplikasyona esas olacak hususların yer teslimiyle birlikte yükleniciye bildirilmesi gerekmektedir.

³⁵ YFK'nın 07.11.2013 tarihli ve 2013/48 sayılı kararı

5.3.2. İnceleme

Bir yapım işinin gerçekleştirilmesinin ilk ve en önemli adımlarından olan arsa seçim işlemi, her ne kadar İdare tarafından tek taraflı olarak yapılıyor olsa da yüklenicinin basiretli (özenli) tacir olarak kendisine işyeri olarak gösterilen arsanın topografik, jeolojik ve jeomorfolojik açılardan yapıya ve uygulanacak projeye elverişli olmaması halinde, doğabilecek olumsuzluk ve riskler hakkında idareyi uyarma yükümlülüğü vardır. Bu husus; TBK'nın 474'üncü maddesinde "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. Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir." şeklinde ve 476'ncı maddesinde "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." şeklinde ifade edilmiştir.

Paralel olarak, YİĞŞ'nin 14'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında "Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yere, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır. Bununla birlikte yüklenici, kendisine verilen projelerin ve/veya şartnamelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alış tarihinden başlayarak on beş gün içinde (özellği bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, yüklenicinin isteği halinde bu süre idarece artırılabilir) idareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu sürenin aşılması halinde yüklenicinin itiraz hakkı kalmaz. Yüklenicinin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde yüklenici, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur." hükümleri yer almaktadır.

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir...Zemin özellikleri araştırılmadan tip projelerin yükleniciye teslimi halinde, bunlardaki

eksikliklerin BK'nın 357'nci maddesi uyarınca davacı idareye bildirilmesi sorumluluğu, yüklenicinin genel ihbar mükellefiyetinin bir gereğidir. Öte yandan, Yapı İşleri Özel Şartnamesinin 15. ve 20. maddeleri ile BİGŞ'nin 9, 10, 11 ve 13. maddeleri de davalı yükleniciye bu konuda BK'nın genel ihbar mükellefiyeti dışında ayrıca özel ihbar mükellefiyeti de yüklemiştir.³⁷

... yapılmadan, imalatların yapılması halinde akıntıların meydana gelebileceğini davalı yüklenici, anılan yasa hükmü uyarınca ve "genel ihbar yükümlülüğü" gereğince iş-eser sahibi davacıya bildirmekle yükümlüdür. Davalı belirtilen bu yükümlülüğünü yerine getirdiğini yasal delillerle kanıtlayamamıştır. Bu hukuksal sebeple, davalının "tesviye tabakası yapmak zorunda olmadığına" ilişkin bilirkişi kurulunun raporu ve mahkemenin kabulü dayanaktan yoksundur.³⁸

Gerçekten, davacı temel kazısını müteakip, davalı idareye gönderdiği 18.2.1985 günlü yazıyla, toprak ve su durumuna göre projede değişiklik yapılarak mütemadi temel yerine, radye temel yapılması gerektiğini, aksi halde çökme ve oyuklar olabileceğini bildirmekle, BK'nın 357/son ve sözleşmenin eki BİGŞ'nin 13'üncü maddesi uyarınca yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Bu nedenle mütemadi temel yapımına bağlı ayıplardan sorumlu tutulması düşünülemez.³⁹

İş sahibi idare gerek inşaat yerinin seçiminde gerekse projelerde üstüne düşen dikkat ve hassasiyeti göstermediği gibi, yüklenici de bu hususları bile bile ikaz görevini yapmadan inşaatı yapmış olması nedeniyle kusurludur.⁴⁰

Gerçekte yer tespiti ve proje idarece yapılmış olmakla, köprünün yıkılmasında idarenin 1. derece kusurlu olarak kabulü doğrudur. Ancak, Borçlar Kanunu'nun 357'nci maddesi hükmünce, yüklenici köprü yerinin isabetli olup olmadığını ve kendisine verilen projenin fenne ve amaca bulunup bulunmadığını inceleyerek, inşaatın fenne uygun ve muntazam şekilde icrasını tehlikeye koyacak bir halin varlığı tespit edilirse durumu iş sahibine derhal bildirmek zorundadır. Oysa davacı idarenin kusur sebepleri davalı yüklenici tarafından inşaat öncesi ve inşaat sırasında incelenmemiş ve böylece ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmakla, davalının da ikinci derecede mütefarik kusurlu olarak sorumlu tutulması gerekmektedir.⁴¹

³⁷ Yargıtay 15. HD, T:29.01.2007, E:6691, K:394

³⁸ Yargıtay 15. HD, T:07.02.2011, E:5652, K:606

³⁹ Yargıtay 15. HD, T:22.04.1991, E:4761, K:1956

⁴⁰ Yargıtay 15. HD, T:04.07.1989, E:4668, K:3242

⁴¹ Yargıtay 15 HD, T:06.05.1991, E:5792, K:2285

5.4. Malzeme Ocakları ve Kullanma Şartları

YİĞŞ'nin 8, 27/b ve 30'uncu maddelerinde hüküm altına alınmıştır.

5.4.1. Mevzuatta Yer Alan Hükümler

YİĞŞ madde 8-(1) "Yüklenicinin kamuya ait arazi ve sahalardaki ocaklardan malzeme temin etmesinin istenildiği hallerde, bu malzeme ocakları ihale dokümanında açıkça belirtilir. Bu durumda yüklenici kamuya ait arazi ve sahalardaki ocakları herhangi bir bedel ödemededen bu iş için geçici olarak kullanır. Ocakların izin belgesinin (ruhsat) alınması idareye ait olup bunlar izin belgesi alınmış olarak yükleniciye teslim edilir. Ocak yerlerinin kullanımı için bazı işlemler gerekli ise, sözleşme veya eklerinde aksi yazılı değilse söz konusu işlemleri idare yürütür. Ancak, bu işlemlerde ihtiyaç duyulan plan ve cetvellerle diğer belgeler yüklenici tarafından hazırlanır ve ocak yerlerinin işgal giderleri de yüklenici tarafından karşılanır.

(2) Sahipli arazi ve sahalarda ocak açılması ve bu ocakların kullanılması giderleri yükleniciye aittir.

(3) Ocak yeri teslimi idare tarafından yapılmamış ocaklarda, yüklenici tarafından yapılacak çalışmalardan dolayı meydana gelebilecek her türlü hasar ve zararlar ile bunların bedelleri yükleniciye aittir." hükümleri yer almaktadır.

YİĞŞ madde 27/b kapsamında "işin yerine getirilmesi için, yüklenici tarafından gerekli görülen bütün hizmet yolları (30'uncu maddede açıklanan malzeme ocaklarının değiştirilmesi halinde açılacak yollar bunun dışındadır) ile bunların üzerindeki geçici köprü ve geçitlerin yapım ve bakım giderleri ile kamuya açık yollarda iş süresince alınması gerekebilecek tedbirlerin giderleri" yükleniciye ait giderlerden sayılmıştır.

YİĞŞ madde 30-(1) "İdarenin sözleşme veya eklerinde, taş, kum, çakıl, gravye, balast, stabilize vb. yapı malzemelerinin kamuya ait ocaklardan teminini öngördüğü hallerde, yüklenici bu malzemeleri gösterilen ocaklardan sağlamak zorundadır.

(2) Sözleşme veya eklerinde, malzeme temin edilecek ocaklarla ilgili herhangi bir belirleme yapılmadığı durumlarda, sözleşme ve eklerinde istenen özelliklere uygun olması kaydıyla, yüklenici gerekli malzemeyi uygun gördüğü yerlerden temin edebilir.

(3) İşin devamı sırasında sözleşme ve eklerinde öngörülen ocakların değiştirilmesi zorunluluğunun doğması halinde, yüklenici idarece gösterilen yeni ocaklardan malzeme temin eder. Bu durumda, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa taşıma uzaklığı vb. farklar her iki taraf için de dikkate alınır. Bu durumda, fark bedel ödenmesi veya kesilmesi, ocak değişikliğine ilişkin onaylanmış tutanakta belirtilen tarihten başlamak üzere uygulanır.

(4) İşe uygunluğu daha önce tespit edilmiş ocaklardan alınan örnekler, yükleniciyle yapı denetim görevlisi tarafından mühürlenerek saklanır. Yüklenici ocaklardan getireceği malzemeyi elde bulunan bu örneklerle uygun olmak şartı ile işyerine taşıyabilir. Kabul edilmiş örneğe uygun olmayan ihzarat, işlerde kullanılamaz.

(5) Ocaklardan çıkarılacak malzemenin en iyi damarlardan alınması ve işe en elverişli cinsten olması gereklidir.

(6) Sözleşme veya eklerinde aksine bir hüküm yoksa sözleşmesinde belirlenen ocaklar için ocak açma giderleri yükleniciye aittir.

(7) Ocakların işletilmesi ocağı körletecek ve işletmeyi güçleştirecek şekilde yapılmayacaktır. Ocakların kullanılması sonucunda yüklenici, buralarını ocağın tekrar işletilmesi için uygun bir şekilde getirmek ve temizlemek zorundadır. Bu işler için yükleniciye herhangi bir bedel ödenmez. Yüklenici bu işleri yapmadığı takdirde 10'uncu madde hükümleri uygulanır.

(8) Yüklenici, işin yapılması için idare tarafından kendisine gösterilen ocaklardan elde ettiği malzemeyi, sözleşme konusu işten başka hiçbir yerde kullanamayacağı gibi hiçbir şekilde de satamaz" hükümleri yer almaktadır.

5.4.2. İnceleme

İdarelerin yüklenicilere taş, kum, çakıl gibi malzemelerin temini için ocak gösterme mecburiyeti bulunmamasıyla birlikte liman, baraj, karayolu, otoyol gibi büyük miktarlarda malzeme kullanımına gerek duyulan işlerde kamu yararı sağlamak adına yükleniciye malzeme temini için kamuya ait ocak gösterilmesi ihtiyacı doğmaktadır.

Sözleşme ekleri arasında yer alan malzeme ocaklarının tamamında zorunlu nedenlerle malzeme temini mümkün olmaması halinde müteahhidin teklifi ve/veya idarenin isteği ve onayı ile belirlenen mevki ve ocaklardan; malzeme + taşıma bedeli toplamı en düşük olan ocak fiyatının tespit edilmesi ve malzeme fiyat farkı uygulamasının da; seçilen malzeme ocağı için belirlenmiş

malzeme fiyatlarının esas alınarak BİGŞ'nin 6'ncı maddesine göre yapılmasına ...⁴²

Teklif cetvelinde ... poz no.lu "Geçirimsiz Malzemenin Hazırlanması (Yükleme, Boşaltma, Röpriz ve Nakliyeler dahil) imalatı için düzenlenen "... "ında ... mesafeli olarak belirtilen malzeme ocağında yeterli miktarda malzemenin olmadığı, bu nedenle de yeni tespit edilen malzeme ocakları ile imalatın yapıldığı yer arasındaki nakliye mesafelerinin "... ve ..." olarak değiştiği, buna dayalı olarak da ... poz no.lu imalatın birim fiyatlarının, ocak mesafelerinin değişmesi nedeniyle ..., ... ve ... poz nolu yeni birim fiyatların düzenlenmesine ihtiyaç bulunmuştur..... Yeni iş kalemleri için düzenlenen fiyatlar üzerinde taraflarca anlaşma sağlanamadığından bahisle idare ve yüklenici arasında anlaşmazlık tutanağı oluşturulmuştur. Yüklenicinin benzer teklif fiyatı içerisindeki sabit malzeme bedelinin tespitini takiben yeni ocakların güzergâhlarındaki fiziki şartlar ile işin yapılabilirliği ve YİGŞ.'nin 23. maddesinde yer alan hükümlerin tamamının tüketilmesi göz önünde tutularak yeni nakliye bedellerinin ve dolayısıyla ..., ... poz nolu imalatların (malzeme + nakliye) birim fiyatlarının yüklenici ile birlikte tespit edilmesi mümkün görülmektedir.⁴³

...yeni ocak yerinden alınan çakıl malzemesinin inşaat mahalline nakliyesi ile vazgeçilen ocak yerinden inşaat mahalline nakliyelerinin yapılmasına ait birim fiyatların sözleşmesi eki YİGŞ'nin 22'nci maddesinde belirtilen esas ve usuller doğrultusunda tespit edilerek, farkının; işe ait sözleşmenin 14.2'nci maddesindeki fiyat farkı verilmesine ait usul ve esaslara göre ihale tarihi içinde bulunduğu aya dönüştürülerek, 16.00 TL/m³lük teklif fiyata ilave edilmesinin uygun olacağına, bunun da sözleşmenin taraflarınca müştereken yapılması gerektiğine...⁴⁴

5.5. Yüklenicinin Teknik Personel Yükümlülüğü

5.5.1. Mevzuatta yer alan hükümler

Yüklenicinin çalıştıracacağı teknik personel ile ilgili olarak; Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin 40'ıncı maddesinde, Kamu İhale Genel Tebliğinin 48'inci maddesinde ve YİGŞ'nin 19'uncu maddelerinde çeşitli hükümler bulunmaktadır.

YİGŞ madde 19 - (1) "Sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenici, üstlenmiş olduğu işin önemine ve iş programına uygun olarak, işlerin yapılması

⁴² YFK'nın 27.10.2004 tarihli ve 2004/093 sayılı kararı

⁴³ YFK'nın 26.04.2006 tarihli ve 2006/009 sayılı kararı

⁴⁴ YFK'nın 12.02.2015 tarihli ve 2015/007 sayılı kararı

için gerekli her türlü makine, araç ve yardımcı tesisleri hazırlamak, her türlü malzemeyi ve işçileri temin etmek ve ihzaratla ilgili tedbirleri almak zorundadır.

(2) İşin başlangıcında ve devamı sırasında, işin programa uygun olarak yürütülmesini teminen, yüklenici tarafından yapılan hazırlıkların ve alınan tedbirlerin yeterli olup olmadığının takdir hakkı idareye aittir.

(3) Yüklenici, işin sözleşme süresi içinde bitirilmesi için, gerekli miktarda malzemeyi ve yeterli sayıda işçiyi her an iş başında bulunduracaktır. Aksi halde, bu hususta kendisini uyarmak üzere yapılacak tebligat tarihinden başlamak üzere on gün içinde bunları istenen sayıya ve miktara tamamlamak zorundadır.

(4) (Mülga:RG-16/7/2011-27996)

(5) Yüklenici, çalıştırdığı işçilerle kullandığı makine, araç ve malzemenin idarece her an kontrol edilebilmesi için, bunların miktarlarını (çalıştırıldıkları yerler ve işler ayrı ayrı belirtilmek üzere) ayrıntılı şekilde gösteren cetvelleri istenmesi halinde yapı denetim görevlisine vermek zorundadır.

(6) (Ek:RG-16/7/2011-27996) Yüklenici, sözleşmesine göre işyerinde bulundurulması istenen teknik personelin isimleri ile belgelerini (diploma, meslek odası kayıt belgesi, noterden alınan taahhütname) Teknik Personel Bildirimi ile birlikte yer tesliminin yapıldığı tarihten itibaren beş gün içerisinde İdareye bildirmek zorundadır. İdare, bu personel hakkında gerekli incelemeyi yaptıktan sonra kabul edip etmediğini on gün içinde Yükleniciye bildirir. İdare tarafından bu süre içerisinde herhangi bir bildirim yapılmadığı takdirde Teknik Personel Bildirimindeki teknik personel kabul edilmiş sayılır.

(7) (Ek:RG-16/7/2011-27996) Yüklenici tarafından bildirilen teknik personelin İdare tarafından kabul edilmemesi halinde, kabul edilmeyen teknik personel yerine yeni bir teknik personel bildirilmesi için Yükleniciye beş gün süre verilir. Yüklenici, verilen süre içerisinde yeni bir teknik personel bildirmeye mecburdur. Aksi halde, teknik personel için sözleşmesinde öngörülen günlük cezalar uygulanır.

(8) (Ek:RG-16/7/2011-27996) İş programına göre iş yerinde bulundurulması istenen teknik personelin iş başında bulundurulmaması durumunda İdare öngörülen teknik personel iş başına getirilene kadar, herhangi bir ihtar gerek kalmaksızın işi durdurabilir. Bu personelden, işin teknik ve idari denetimini yapmakla görevli olanlar, zorunlu hallerde ve yerine yine aynı niteliklere sahip olduğu İdarece kabul edilmiş vekil bırakarak; diğerleri ise, hastalık, İdarenin yazılı onayı ile yıllık izin kullanılması veya işle ilgili seyahat yapılması gibi sebeplerle işyerinden ayrılabilirler.

(9) (Ek:RG-16/7/2011-27996) İşin devamı sırasında geçici olarak işyerinde bulunması gereken teknik personelle ilgili olarak; bu kişilerin işbaşında bulunma zamanı ve süreleri yapı denetim görevlisiyle Yüklenici arasında düzenlenen bir protokolle tespit edilir. Yüklenici, bu teknik elemanların isimlerini, belgeleriyle birlikte ilk işe başlayacakları tarihten en az otuz gün önce İdareye bildirmek mecburiyetindedir. İdare, bu elemanlar hakkında gerekli incelemeyi yaptıktan sonra kabul edip etmediğini yirmi gün içinde Yükleniciye tebliğ edecektir. İdarece bu tebliğ yapılmadığı takdirde, bildirilen teknik elemanlar kabul edilmiş sayılır. Yüklenici bu tebliğe uymaya mecburdur.”

Kamu İhale Genel Tebliğinin Sözleşmenin yürütülmesinde çalıştırılacak teknik personel başlıklı 48’inci maddesinde (Değişik: 20/8/2011-28031 R.G./ 18 md.) aşağıdaki hükümler bulunmaktadır.

“48.1. İhale konusu işte çalıştırılması öngörülen teknik personelin nitelik ve sayısının sözleşme tasarisında belirtilmesi gerekmektedir. Ancak, Uygulama Yönetmeliğinin “İstenecek belgeler” başlıklı 30 uncu maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan “Aday veya isteklilerden ihale ve ön yeterliğe katılım için taahhütname istenemez” hükmü gereğince aday veya isteklilerden söz konusu teknik personele ilişkin taahhütname istenmeyecektir. İhale üzerinde kalan isteklinin, teknik personelin idarece öngörülen nitelik ve sayıda olduğuna dair belgeleri, yer tesliminin yapıldığı tarihten itibaren beş gün içinde idareye sunması gerekmektedir.

48.2. Yapım işlerine ait tip sözleşmenin “Teknik personel, makine, teçhizat ve ekipman bulundurulması” başlıklı 23 üncü maddesine göre; teknik personelin iş programına göre, işin kendi mesleğine ilişkin kısmının gerçekleştirilmesi sırasında işyerinde bulundurulması gerekmekte olup teknik personelin tamamının işin başlangıcından sonuna kadar iş yerinde devamlı olarak bulundurulma zorunluluğu bulunmamaktadır.”

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin “İsteklinin organizasyon yapısı ve personel durumuna ilişkin belgeler” başlıklı 40’inci maddesinde – (Değişik:RG-13/8/2012-28383) ise şu hüküm bulunmaktadır.

Madde 40.5 “İhale konusu işte çalıştırılması öngörülen teknik personelin nitelik ve sayısı, sözleşme tasarisının ‘Teknik personel, makine, teçhizat ve ekipman bulundurulması’ başlıklı bölümünde belirtilir. Bu durumda, yüklenicinin, işin yürütülmesi sırasında çalıştıracığı teknik personelin idarece öngörülen nitelik ve sayıda olduğuna dair belgeleri, yer tesliminin yapıldığı tarihten itibaren beş gün

içinde idareye sunması zorunludur. İş ortaklığında teknik personel, ortaklık oranına bakılmaksızın pilot ve/veya diğer ortaklar tarafından karşılanabilir. Konsorsiyumlarda ise, işin uzmanlık gerektiren kısımları için öngörülen teknik personelin, ilgili kısma teklif veren ortak tarafından karşılanması gerekir. Personel belgelendirilmesine ilişkin belgelerin idareye sunulduğu tarih itibariyle geçerli olması yeterlidir.”

5.5.2. İnceleme

Yüklenici, sözleşmesine göre işyerinde bulundurulması istenen teknik personelin isimleri ile belgelerini (diploma, meslek odası kayıt belgesi, noterden alınan taahhütname) Teknik Personel Bildirimi ile birlikte yer tesliminin yapıldığı tarihten itibaren beş gün içerisinde İdareye bildirmek zorundadır. İdare, bu personel hakkında gerekli incelemeyi yaptıktan sonra kabul edip etmediğini on gün içinde yükleniciye bildirir. İdare tarafından bu süre içerisinde herhangi bir bildirim yapılmadığı takdirde teknik personel bildirimindeki teknik personel kabul edilmiş sayılır. (YİGŞ md.19.6) Diploma aslı görülmeli veya noter onaylı sureti alınmalıdır. (Diplomanın aslı görüldüğü takdirde evrakın fotokopisine “aslının fotokopisidir/aslı görülmüştür/aslı gibidir” kaşesi basılıp imzalanmalıdır. Meslek odası kayıt belgesi sadece mühendis ve mimarlar için gereklidir.)

YİGŞ'nin 19.9'uncu maddesinde “İşin devamı sırasında geçici olarak işyerinde bulunması gereken teknik personelle ilgili olarak; bu kişilerin işbaşında bulunma zamanı ve süreleri yapı denetim görevlisiyle yüklenici arasında düzenlenen bir protokolle tespit edilir. Yüklenici, bu teknik elemanların isimlerini, belgeleriyle birlikte ilk işe başlayacakları tarihten en az otuz gün önce İdareye bildirmek mecburiyetindedir. İdare, bu elemanlar hakkında gerekli incelemeyi yaptıktan sonra kabul edip etmediğini yirmi gün içinde yükleniciye tebliğ edecektir. İdarece bu tebliğ yapılmadığı takdirde, bildirilen teknik elemanlar kabul edilmiş sayılır. Yüklenici bu tebliğe uymaya mecburdur.” hükmü yer almaktadır. Teknik personel bildirimini yer tesliminin yapıldığı tarihten itibaren beş gün içerisinde İdareye bildirilerek en geç 10 gün içinde de İdarece onaylanırken; bu personellerin onay yönteminin farklı olması ve iş yerinde bulunma sürelerinin iş programından ayrıca belirlenmiş olmasından dolayı yüklenici adına işin teknik ve idari denetimini yapmakla görevli olmayan personel anlaşılmalıdır. Varsa bu personel içinde sözleşmeye açıkça ceza uygulaması konulmadığı takdirde ceza uygulanma imkanı da

bulunmamakta ve ihlal durumunda genel sözleşmeye aykırılık haline göre işlem yapılabilir (Gök, 2013). Burada tam anlamıyla açık olmayan husus; YİĞŞ md. 19.9'da belirtilen işin devamı sırasında geçici olarak işyerinde bulunması gereken teknik personelden kastın iş programına göre kendi dönemlerinde bulunmaları yeterli olan teknik personel olup olmadığıdır.

Yapı denetim görevlisinin şantiyede bulunması gerekli teknik personelin iş yerinde bulunup bulunmadığı denetlemesi ve teknik personelin bulunmadığı hallerde bu hususu tespit ederek ceza uygulamasını gerçekleştirmesi gerekir. Ceza uygulanmayacak haller olarak YİĞŞ md.19.8'de sıralanmıştır. Buna göre; "Bu personelden, işin teknik ve idari denetimini yapmakla görevli olanlar, zorunlu hallerde ve yerine yine aynı niteliklere sahip olduğu İdarece kabul edilmiş vekil bırakarak; diğerleri ise, hastalık, İdarenin yazılı onayı ile yıllık izin kullanılması veya işle ilgili seyahat yapılması gibi sebeplerle işyerinden ayrılabilirler." Açık bir hüküm bulunmamakla birlikte hastalık halinin neden gösterildiği durumlarda bu hususu doktor raporuna dayandırmanın gerekli olacağı değerlendirilmektedir.

Tip sözleşmede ve YİĞŞ'de hüküm bulunmamakla birlikte Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği madde 10.18.1'e göre kontrol mühendisi bu kişilerin o gün iş başında bulunup bulunmadığını şantiye defterine kaydeder. Ceza uygulamasında bu kayıtlar esas olduğundan günlük şantiye defterinin kontrol mühendisiyle yüklenici veya vekili tarafından da imzalanması gereklidir. Hakediş ödemelerinde kesilen cezanın kaç gün olduğunu, miktarın hesabını açıkça gösteren ayrıca bir tutanak yapmaya ihtiyaç vardır. İş programıyla uyum öngören düzenlemenin amacı, kâğıt üzerinde uyum değil, işlerin fiilen yapımı sırasında ilgili teknik personelinin şantiye de bulunmasını ve şantiyedeki gerekli kontrollerinin yaptırılmasını sağlamaktır. Örneğin yüklenici aylık iş programının gerisinde veya ilerisinde ise bulunması gereken teknik personel kaydi duruma göre değil fiili duruma göre belirlenmelidir. İş

yerinde faaliyet olmadığı durumlarda yüklenicinin iş başında teknik personel bulundurma yükümlülüğü olmayacaktır.

Teknik personelin sigortalı olarak çalışmadığının ya da iş programına göre bulunması gereken tarihten sonraki bir tarihte sigortalı olarak işe başladığının tespit edilip ancak teknik personelin şantiye mahallinde bulunmadığına dair fiili bir tespitin bulunmadığı hallerde teknik personel gecikme cezası kesilip kesilmeyeceği konusu tartışmaya açıktır.

Ayrıca; Kontrol mühendisince o gün şantiye mahalline gidilip tespit yapılmamış olsa dahi giriş çıkışın kontrollü olduğu bölgelerde (askeri güvenlik bölgeleri gibi) giriş çıkış defterlerine veya kamera görüntülerine dayalı tespite istinaden teknik personel bulundurmama cezasının gündeme gelip gelemeyeceği hususunda da net bir bilgi yoktur. Her ne kadar mevzuat yapı denetim görevlilerin her gün inşaat mahallinde olduğu yaklaşımıyla düzenlenmiş olsa da kamuda çalışan teknik personeller için maksimum kaç adet işte kontrollük yapabilecekleri, kontrol edebileceği metrekare ya da birden fazla şehirde kontrollüğünün bulunmaması gibi sınırlayıcı şartların olmaması ayrı bir eleştiri konusudur.

Yapım işlerine ait tip sözleşmenin 23.1 bendine uygun olarak, istenilen teknik personelin düzenlenmediği, sözleşmenin 23'üncü maddesinde teknik personel olarak taahhütnamesi istenilen çelik imalat formeninin bir mesleki unvan olmadığı, diplomasının ve ilgili meslek odasının bulunmadığı, dolayısı ile olmayan bir mesleki unvan ile noterden taahhütname istenilemeyeceğine. Bu nedenle çelik imalat formeni adı ile taahhütname verilemediğinden dolayı, ceza kesintisi yapılmasının uygun olamayacağını mütalaa edildiğine...⁴⁵

İş programına göre işin başında bulundurulması gerekli teknik personelin bildirim belgelerinin en geç verilmesi gereken tarih ile Teknik personel bildirimlerinin idaresince kabul edildiği tarihe kadar sözleşmede ön görülen cezaların uygulanması gerektiği değerlendirildiğine...⁴⁶

⁴⁵ YFK'nın 30.11.2011 tarihli ve 2011/38 sayılı kararı

⁴⁶ YFK'nın 26.02.2015 tarihli ve 2015/11 sayılı kararı

Şantiye şefi hariç, diğer teknik personelin iş programına göre, işin kendi mesleğine ilişkin kısmının gerçekleştirilmesi sırasında iş yerinde bulundurulmasının gerekli olduğu, teknik personelin tamamının işin başlangıcından sonuna kadar iş yerinde devamlı olarak bulundurulması zorunluluğunun olmadığı...⁴⁷

Yer tesliminin sözleşmedeki yasal süre içerisinde yapıldığı ancak, binalar tam olarak boşaltılmadığı için mahal tesliminin yapılarak işe zamanında başlatılmadığından bahisle, ... işi ile ilgili olarak yüklenicinin vermesi gerekli Teknik Personel Taahhütnamesini yer teslim tarihine göre mi, yoksa işe başlama tarihi olan mahal teslim tarihine göre mi sunmaları gerektiği hususunda görüşümüz talep edilmektedir. ... bahis konusu işle ilgili olarak tarafların katılımı ile düzenlenen 01.11.2012 tarihli tutanağın mahiyetinin esas itibarıyla sözleşmesinde ön görülen nitelikte yer tesliminin yapıldığına ilişkin olmayıp, yer tesliminin yapılmadığına matuf bulunmakta olduğu ve işin bir bölümünün de yer tesliminin 08.01.2013 tarihinde yapıldığı ilgi yazınız ve eklerinden anlaşılmaktadır. İşin bir bölümünün 08.01.2013 tarihinde yer tesliminin yapılması öncesinde 14.11.2012 tarihinde yüklenicinin idarenize verdiği yazı ekinde işin başında bulunduracağı teknik personellerle ilgili belgeleri sunduğu ve bir gecikmenin meydana gelmediği ilgi yazınız ve eklerinde görülmektedir. Bu durumda, teknik personelin iş programına göre işin kendi mesleği ile ilgili kısmının gerçekleştirilmesi sırasında iş yerinde bulundurulması gerekmekte olup, şantiye şefi hariç, diğer teknik personelin işin başlangıcından sonuna kadar iş yerinde devamlı olarak bulundurulma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁴⁸

İlamdaki tazmin hükmü; yüklenicinin idareye verdiği iki ayrı işteki makine mühendisi ile elektrik mühendisinin aynı kişiler olması nedeniyle, bu kişilerin aynı zaman dilimi içerisinde bu işlerin başında fiilen bulunmalarının mümkün olmadığı gerekçesiyle verilmiştir. Sözleşmenin 24'üncü maddesinde yer alan, teknik personelin devamlı olarak işyerinde bulundurulması hükmünü, teknik personelin, işin fiilen yapıldığı sürelerde işyerinde fiilen bulunması olarak anlamak gerekmektedir. Aksi takdirde, aynı zaman içerisinde yapılması fiilen mümkün olmayan inşaat ve tesisat işleri için de teknik personel bulundurmama ceza kesintisi yapılması sonucu ortaya çıkar. Bu nedenle tazmin hükmüne dayanak olan tespit şeklinin, yani farklı işte görev yapmanın diğer bir işte görev yapamama anlamına geleceği kabulünün yerinde olmadığı görülmektedir. Teknik personelin

⁴⁷ YFK'nın 19.09.2012 tarihli ve 2012/50 sayılı kararı

⁴⁸ YFK'nın 25.02.2014 tarihli ve 6052592/3.243.337 sayılı yazıya cevaben görüşü

işyerinde bulunup bulunmadığı tespitinin idare tarafından iş programına dayalı olarak yapılması gerekmektedir...⁴⁹

... ile yüklenici ... İnş.Tic.Ltd.A.Ş. arasında, 2 ayrı iş için imzalanan tip sözleşmelerin 24'üncü maddesinin 1inci fıkrasında; 1 adet inşaat mühendisi, 1 adet inşaat teknikeri, 1 adet topograf bulundurulmasının zorunlu olduğu ve 24. madde 2'nci fıkrasında ise söz konusu teknik personelin iş başında bulunmaması halinde ilk fıkrada sayılan her bir teknik personel için 300 YTL/Gün ceza uygulanacağı belirtilmiştir. Yüklenicinin İdareye verdiği ve aynı süreleri kapsayan 2 ayrı işe ait teknik personel listesinde yer alan inşaat mühendisi, inşaat teknikeri ve topograf aynı kişilerdir. Aynı şahısların, aynı zaman dilimi içinde tüm işlerin başında fiilen bulunamayacağı açıktır. Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 24'üncü maddesinde de açıkça görüleceği üzere teknik personelin işin başında bizzat bulunması ve buna uyulmaması durumunda cezai müeyyide uygulanması gerekir. ...⁵⁰

Diğer taraftan teknik elemanların iş programında belirtilen işleri tamamladıktan sonra aynı yüklenicinin başka inşaat işlerinde çalışmalarını engelleyecek yasal bir zorunluluk bulunmadığı, aynı zaman dilimi içerisinde, aynı kişilerin birden fazla işte teknik personel olarak gösterilmesinin mümkün olduğu ve bunun o yapım işinde teknik elemanın hiç çalışmadığı anlamına gelmeyeceği anlaşılmıştır.⁵¹

Yüklenici tarafından bildirilen teknik personelin İdare tarafından kabul edilmemesi halinde, kabul edilmeyen teknik personel yerine yeni bir teknik personel bildirilmesi için Yükleniciye beş gün süre verilir. Yüklenici, verilen süre içerisinde yeni bir teknik personel bildirmeye mecburdur. Aksi halde, teknik personel için sözleşmesinde öngörülen günlük cezalar uygulanır." denilerek verilen ek süre içerisinde yüklenicinin teknik personel bildiriminde bulunmaması durumunda ceza öngörülmektedir. Bu nedenle teknik personelin isimleri ile belgelerinin gecikmeli olarak bildirilmesinde cezayı gerektiren bir durum bulunmadığına ve yersiz olarak tahsil edilen ... TL'nin ahizlerine iadesine oybirliğiyle...⁵²

Ceza kesintisi yapabilmek için, işin veya iş kısımlarının sözleşmesinde belirtilen süre ve teknik şartlar içerisinde iş programına uygun olarak yerine getirilmemiş olduğunun belgelendirilmesi gerekmektedir. Her teknik personel

⁴⁹ Sayıştay 4. Dairesinin 11.05.2010 tarihli ve 31442 sayılı kararı

⁵⁰ Sayıştay 1. Dairesinin 22.10.2009 tarihli ve 9532 sayılı kararı

⁵¹ Sayıştay 6. Dairesinin 04.10.2016 tarihli ve 369 sayılı kararı

⁵² Sayıştay 2. Dairesinin 08.11.2016 tarihli ve 35433 sayılı kararı

kendisini ilgilendiren, kendi uzmanlığına ait işlerin imalatının yapımı süresince (iş programına göre) iş başında bulunmak zorundadır. İlgili teknik personel, bulunması gereken sürenin bir kısmında iş başında bulunmamışsa, yalnızca bu sürenin tespiti ve bu süredeki gün sayısı kadar günlük ceza kesintisi söz konusu olacaktır. Ancak, söz konusu işte böyle bir tespit de bulunmamaktadır. Aynı zaman dilimi içerisinde, aynı kişilerin birden fazla işte teknik personel olarak gösterilmesi, o işte yani ceza kesilmesi gerektiği iddia edilen işte hiç çalışmadığı anlamına gelmemektedir. Sözleşmenin 24.1'nci maddesinde yer alan, teknik personelin devamlı olarak işyerinde bulundurulması hükmünü, işin kendi mesleğine ilişkin kısmında o kısmın gerçekleştirilmesi için gereken süre içinde iş başında bulunulması olarak anlamak gerekmektedir. Aksi takdirde fiilen aynı zamanda yapılması mümkün olmayan inşaat ve tesisat işleri için de kesinti yapılması gerektiği sonucu ortaya çıkacaktır. Bu nedenle tazmin hükmüne dayanak olan tespit şeklinin, yani farklı işte görev yapmanın diğer bir işte görev yapamama anlamına geleceği kabulünün yerinde olmadığı görülmektedir.⁵³

...teknik personel bildirimini incelendiğinde, elektrik mühendisi ve elektrik teknisyenine ait bildirim olmadığı görülmüşse de,....., şantiye defteri kayıtlarının bu açıdan incelenip incelenmediğine ve eğer incelenmişse ulaşılan sonuçların ne olduğuna dair bir denetçi tespiti bulunmamaktadır. Tam aksine yüklenici firma ... İnş.Tic.Ltd.Şti.'nin taahhüt ettiği elektrik mühendisi ..., alt yüklenici olarak işi yapan ... İnş.Tic.Ltd.Şti.'nin bünyesinde bulunan elektrik mühendisi ... ile alt yüklenicinin taşeronu olarak çalışan Elektrik mühendisi Mehmet ...'in elektrik işleri iş programına göre şantiyede buldukları dilekçe ekinde sunulan şantiye defterlerinden alınan örneklerle sabittir. Bu nedenle, her ne kadar işe ait sözleşmenin 15'inci maddesinde alt yüklenici çalıştırılmayacağı ve işlerin tamamının yüklenicinin kendisi tarafından yaptırılacağı belirtilmiş olsa da; 1 (bir) elektrik mühendisi ile (1) bir elektrik teknikerinin yerine ikisi (2'si) alt yükleniciye ait olmak üzere 3 (üç) adet elektrik mühendisi fiilen çalıştırılmıştır. Bu bağlamda ise, ... İşinin, Merkez Kampüsünde bulunan ... işi ile birlikte aynı yüklenicinin taahhüdünde ve aynı zaman diliminde aynı şantiyeden yönetilerek yapıldığı anlaşıldığından aynı teknik personelin her iki işin yapımına da teknik bilgi sağlamasına ve işlere nezaret etmesine yasal açıdan hiçbir engel durum bulunmamaktadır. Sonuç olarak, salt sözleşme hükümlerinden hareketle 1 (bir) elektrik teknisyeni çalıştırılması gerektiği halde bu personelin çalıştırılmadığı gerekçesiyle sözleşmedeki cezai hükümlerin uygulanması hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.⁵⁴

⁵³ Sayıştay 8. Dairesinin 03.05.2011 tarihli ve 33161 sayılı kararı

⁵⁴ Sayıştay 2. Dairesinin 10.05.2017 tarihli ve 43073 sayılı kararı

...Kaldı ki gerçekten de dilekçe de iddia edildiği gibi sözleşmede öngörülen sayıda teknik personel iş başında bulunmuş olsa bile, idarenin onayına sunulmayan dolayısıyla işin başında hangi sıfat ve yetkiyle bulunduğu bilinmeyen kişinin sözleşmede öngörüldüğü şekilde teknik personel olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁵⁵

YİĞŞ md. 19/8'e göre; Yüklenici, işyerinde bulundurması gereken teknik personeli bulundurmadiğı takdirde, yapı denetim görevlisince iş başında bulunmadığı tespit edilen her bir teknik personel için sözleşmede belirtilen günlük cezalar uygulanır ve iş programına göre iş yerinde bulundurulması istenen teknik personelin iş başında bulundurulmaması durumunda İdare öngörülen teknik personel iş başına getirilene kadar, herhangi bir ihtarla gerek kalmaksızın işi durdurabilir. Her ne kadar İdarenin teknik personel işin başına gelene kadar işi durdurma yetkisi olsa da pratikte her zaman bu uygulamayı yapmak mümkün olmamaktadır. İşin tüm süresi boyunca uygulanacak teknik personel cezasının teknik personel maaşının altında kaldığı durumlarda yüklenicinin teknik personele maaş vermek yerine cezayı ödemeyi tercih etmesini engellemek adına "Belirlenen teknik personel gecikme cezalarının hiç bir durumda teknik personelin alabileceği günlük asgari tutarın altında olamayacağı" hususunun tip sözleşmede yer almasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

İlam hükmünde, elektrik mühendisi personelin, Sosyal Güvenlik Kurumu soruşturmasındaki ifadesine dayalı olarak iş kapsamında çalışmadığı sonucuna varılmıştır. Söz konusu personel ... tarihli taahhünameye bu iş kapsamında elektrik mühendisi olarak görev ifa edeceğini taahhüt etmiştir. Bu taahhüdün gereğini yerine getirmediğine dair fiili bir tespit veya tutanak bulunmamaktadır. Bu nedenle harcama yetkilisi ve gerçekleştirme görevlisine sorumluluk atfedilemeyeceğinden verilen tazmin hükmünün kaldırılması gerekir, şeklindeki ayrışık görüşlerine karşı, oy çokluğu ile ...⁵⁶

⁵⁵ Sayıştay Temyiz Kurulunun 04.10.2011 tarihli ve 33704 sayılı kararı (<https://ihalekararisor.com/yazi.php?id=2062&Sozlesme-geregince-isin-basinda-bulunmasi-gereken-teknik-personelin-isin-basinda-bulunmadigi-gunler-icin-ceza-kesilmesi-zorunlu-mudur-Sayistay>, Erişim tarihi:04.09.2018)

⁵⁶ Sayıştay Temyiz Kurulunun 22.12.2015 tarihli ve 41220 sayılı kararı

5.6. Alt Yüklenici Çalıştırılması

YİĞŞ'nin 4'üncü ve 20'inci, 4734 sayılı KİK'in 15'inci, tip idari şartnamenin 18'inci maddesinin 23 numaralı dipnot ve tip sözleşmenin 15'inci maddesinin 17 numaralı dipnot maddeleri ile hüküm altına alınmıştır.

5.6.1. Mevzuatta yer alan hükümler

YİĞŞ'nin 4'üncü maddesinde, alt yüklenici "Sözleşme konusu işin nev'i itibariyle bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

YİĞŞ'nin 20'nci madde hükümleri şöyledir:

Madde 20.(1) 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 11'inci maddesi uyarınca ihaleye katılmayacak olanlar, 58'inci maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklı olanlar ve 53'üncü maddesinin (b) bendinin 8'inci alt bendi gereğince alınacak Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen yabancı istekliler ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 26'ncı maddesi uyarınca yasaklı olanlar alt yüklenici olamazlar.

(2) (Mülga:RG-16/7/2011-27996)

(3) İşin tamamı hiçbir suretle alt yükleniciler marifetiyle yaptırılamaz.

(4) İhale dokümanında, sözleşme imzalanmadan önce alt yüklenicilerin listesinin idarenin onayına sunulmasının istendiği hallerde; İdare, onaya sunulan listede yer alan alt yüklenicileri onaylayıp onaylamadığını, on beş gün içinde yükleniciye bildirir.

(5) Yüklenicinin, idare tarafından onaylanan alt yükleniciler ile bunlar işe başlamadan önce sözleşme yapması ve bir örneğini idareye vermesi gerekir.

(6) (Değişik:RG-16/7/2011-27996) İdarece onaylanmayan alt yükleniciler hiçbir suretle iş yerinde çalışamaz. Ancak; ihale dokümanında alt yüklenicilere yaptırılması düşünülen işlerin belirtilmesi istenmekle birlikte yüklenici teklifi kapsamında liste vermese dahi işin yürütülmesi sırasında yüklenici tarafından ihtiyaç duyulması halinde idarenin onayı ile alt yüklenici çalıştırılabilir.

(7) İdarece onaylanmış alt yüklenicilerin ve/veya bunlara ait iş kısımlarının işin devamı sırasında değiştirilerek, işin başka alt yüklenicilere yaptırılması da idarenin iznine ve yukarıdaki şartlara tabidir.

(8) Alt yüklenicilerin yaptığı bütün işlerden idareye karşı yüklenici sorumludur. Alt yüklenicilerin idarece kabul edilerek onaylanması bu sorumluluğu hiçbir şekilde değiştirmez.

(9) İdare, alt yüklenici tarafından yapılan işlerin sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olmadığını tespit ederse, alt yüklenicinin değiştirilmesini veya alt yükleniciler tarafından yapılmasını istemediği herhangi bir iş bölümünün bizzat yüklenici tarafından yapılmasını her zaman isteyebilir.

(10) Yüklenici ve alt yükleniciler, işin 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 gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de on beş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 27'nci maddesi hükümleri uygulanır.

4734 sayılı KİK'in "Alt yükleniciler" başlıklı 15'inci maddesinde; "İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz" denilmektedir.

Tip İdari Şartnamelerin "Alt yükleniciler" başlığını taşıyan maddelerine ait 23 numaralı dip not hükümleri şöyledir:

(1) İsteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmelerinin istenmesi durumunda aşağıdaki metne yer verecektir: "İhale konusu işte idarenin onayı ile alt yüklenici çalıştırılabilir. Ancak işin tamamı alt yüklenicilere yaptırılamaz. İstekliler, ihale konusu yapım işinde alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işlere ait listeyi teklif ekinde vereceklerdir. İhalenin bu şekilde teklif veren istekli üzerinde kalması durumunda isteklinin işe ait sözleşme imzalanmadan önce alt yüklenicilerin listesini İdarenin onayına sunması gerekir.

Bu durumda alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”

(2) İsteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmelerinin istenmemesi durumunda aşağıdaki metne yer verecektir: “İhale konusu işte idarenin onayı ile alt yüklenici çalıştırılabilir. Ancak işin tamamı alt yüklenicilere yaptırılamaz. Alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”

5.6.2. İnceleme

YİĞŞ'nin 20'nci maddesinin 8'inci fıkrasında yer alan “Alt yüklenicilerin yaptığı bütün işlerden idareye karşı yüklenici sorumludur.” hükmünden de anlaşılacağı üzere idare, alt yükleniciyle doğrudan muhattap değildir ve aralarında eser sözleşmesinden doğan bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. Sözleşme ilişkisi bakımından alt yüklenicinin muhatabı asıl yüklenicidir. Alt yüklenici ücret alacağını ancak kendisiyle sözleşme yaptığı asıl yükleniciden talep edebilir. Bu nedenle, idarenin alt yüklenicilere karşı her hangi bir ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁵⁷ Ancak; YİĞŞ'nin 34'üncü maddesi hükümlerine göre, idarenin iş yerinde çalışan işçilerin hakları ve çalışma şartları konusundaki sorumluluğu alt yüklenici bünyesindeki işçileri de kapsadığı göz ardı edilmemelidir.

Yargıtay 15'inci Hukuk Dairesi'nin 28.02.1974 tarihli ve 1974/145 Esas, 1974/166 Karar sayılı kararına göre de taşeronluk sözleşmesinden dolayı bu sözleşmenin tarafı olmayan iş sahibinin taşeronu karşı sorumlu olmayacaktır. Ancak iş sahibi idarenin alt yüklenicilerin çalıştırdığı işçilerin ücret alacakları konusunda sorumluluğu bulunmaktadır. Özellikle alt işverenlerin çalıştırdıkları işçilerin üzerindeki yönetim hakkının tamamen asıl işveren/iş sahibi idare (ihale makamı) tarafından kullanıldığı sözleşmelerde, gerçek anlamda bir alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edilemeyeceğinden bu tür ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeye göre çalıştırılan işçilerin ihale makamı işçisi kabul edilmesi gerektiğinden bahisle alt yüklenicilerin istihdam ettiği işçilerin ücret

⁵⁷<http://ihalemusaviri.blogspot.com.tr/2011/05/is-sahibi-idare-ile-alt-yuklenici.html> (Erişim tarihi:17.05.2018)

alacaklarından iş sahibi idare, alt yüklenici ile birlikte müştereken sorumlu tutulmuştur.⁵⁸

İş ortakları tarafından getirilen taahhütlerde, iş ortaklığı ile iş sahibi arasında yapılan sözleşmenin “asıl sözleşme olduğu”, bu sözleşme ile ortakların her birinin taahhüdün yerine getirilmesinden müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu, “alt yüklenici sözleşmesinin ise “asıl sözleşmeden” kaynaklanan borcun bir kısmının üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesi amacıyla yapılabileceği, dolayısıyla asıl sözleşmenin borçlusu konumunda olan iş ortaklığı ortağı ile bu borcun bir kısmının yerine getirilmesi amacıyla “alt yüklenici” sözleşmesi kurulamayacağına ...⁵⁹

4734 sayılı KİK'in 11'inci maddesinde sayılan ihaleye katılmayacak olanların aynı zamanda alt yüklenici de olamayacakları KİK'in 11'inci maddesinin 1'inci fıkrasında ve YİĞŞ'nin 20'nci maddesinin 1'inci fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Bahse konu hükümler gereği, yüklenici tarafından idare onayına sunulan alt yüklenici listesine; KİK'in 11'inci maddesi uyarınca ihaleye katılmayacak olanlar, 58'inci maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklı olanlar ve 53'üncü maddesinin (b) bendinin 8'inci alt bendi gereğince alınacak Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen yabancı istekliler ile 4735 sayılı KİSK' in 26'nci maddesi uyarınca yasaklı olanlar kapsamında olup olmadıkları idare tarafından sorgulandıktan sonra onay verilmesi gerekmektedir. KİK'in 11'inci maddenin kapsamına girmeyen diğer sebeplerin (vergi borcu, sosyal güvenlik prim borcu vd.) varlığı alt yüklenici olarak çalışmaya engel teşkil etmemektedir.

İşin tamamı alt yüklenicilere yaptırılamaz. İşin tamamının alt yüklenicilere yaptırılması sözleşmenin devri niteliğindedir. İşin tamamı alt yüklenicilere yaptırılmamakla birlikte ihale mevzuatında işin en fazla ne oranda alt yüklenicilere yaptırılabilceği konusunda açık bir hüküm veya açıklama da bulunmamaktadır. Bu nedenle işin tamamının alt yüklenicilere yaptırılmaması kaydıyla alt yüklenicilerin yapacağı kısımların işteki oranının azami bir sınırı bulunmadığı söylenebilir.

⁵⁸ Yargıtay 9. HD, T:29.01.2007, E:30, K:1006

⁵⁹ Kamu İhale Kurumunun 12.06.2013 tarihli ve 2013/DK. D-96 sayılı kararı

Örneğin Kamu İhale Kurulu'nun 12.10.2009 tarihli ve 2009/UH.I-2491 sayılı kararında işin yaklaşık % 90'ının alt yükleniciye yaptırılmasının mevzuata aykırı olmadığı belirtilmiştir. Bu hususta başka bir örnek daha vermek gerekirse Kurul'un 17.08.2012 tarihli ve 2012/UY.II-3362 sayılı kararında "isteklinin birim fiyat teklif cetvelinde yer alan iş kalemlerinde bir kısmının tamamının, bir kısmının da belli bir miktarının alt yüklenicilere yaptırılacak olmasını işin tamamının alt yüklenicilere yaptırılacağı" şeklinde değerlendirilmiş iken Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarihli ve E:2012/1441 sayılı kararında bu durumun işin tamamının alt yüklenicilere yaptırılacağı anlamına gelmediği belirtilmiştir (Arapgirli, 2017).

5.7. İşin ve İş yerlerinin Korunması ve Sigortalanması

Yüklenicinin işi ve iş yerlerini koruması ve sigortalatması yükümlülüğü ile ilgili hükümler 4735 sayılı KİSK'in 9'uncu maddesinde, YİĞŞ'nin 9'uncu maddesinde, tip sözleşmenin 17'nci maddesinde yer almaktadır.

5.7.1. Mevzuatta yer alan hükümler

Yapım işlerinde iş ve iş yerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar 4734 sayılı KİK'in 27'nci maddesinin (v) bendinde, idari şartnamede 4735 sayılı KİSK'in 7'nci maddesinin (r) bendinde sözleşmede yer alması gereken zorunlu hususlardan sayılmıştır.

4735 sayılı KİSK'in 9'uncu maddesinde; "İşyerlerindeki her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile sözleşme konusu iş için, işin özellik ve niteliğine göre ihale dokümanında belirtilen şekilde, işe başlama tarihinden geçici kabul tarihine kadar geçen süre içinde oluşabilecek deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı "inşaat sigortası (bütün riskler)", geçici kabul tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçecek süreye ilişkin ise yürürlükteki İnşaat Sigortası (bütün riskler) Genel Şartları çerçevesinde kapsamı ihale dokümanında belirtilen genişletilmiş bakım devresi teminatını içeren sigorta yaptırmak zorundadır." denilmektedir.

YİGŞ'nin 9'uncu madde hükümleri şöyledir:

Madde 9 - (1) (Değişik:RG-3/7/2009-27277) Yüklenici, işyerindeki her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile sözleşme konusu yapım işinin korunmasından 43'üncü madde hükümleri dikkate alınmak şartı ile işe başlama tarihinden kesin kabul tarihine kadar sorumludur. Bu sebeple yüklenici, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 9'uncu maddesi hükümleri dahilinde; işyerlerindeki her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile sözleşme konusu iş için, işin özellik ve niteliğine göre ihale dokümanında belirtilen şekilde, işe başlama tarihinden geçici kabul tarihine kadar geçen süre içinde oluşabilecek deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı "inşaat sigortası (bütün riskler)", geçici kabul tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçecek süreye ilişkin ise yürürlükteki İnşaat Sigortası (Bütün Riskler) Genel Şartları çerçevesinde kapsamı ihale dokümanında belirtilen genişletilmiş bakım devresi teminatını içeren sigorta yaptırmak zorundadır.

(2) (Değişik:RG-3/7/2009-27277) Sigortaya esas alınacak bedeller, işin kendisi için sözleşme bedeli, her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ve benzeri için ise piyasa rayıçlarına göre hesaplanan bedellerdir. Ödenen toplam hakediş tahakkuk tutarının (fiyat farkları dahil) poliçedeki sigorta bedelini aşması ve/veya poliçede öngörülen sigorta bitiş tarihinin süre uzatımı veya cezalı çalışma sebebiyle aşılması hallerinde, zeyilname ile sigorta bedelinin artırılması ve/veya sigorta süresinin uzatılması zorunludur.

(3) (Değişik:RG-3/7/2009-27277) Sigorta poliçesinde; idare işveren sıfatıyla, yüklenici işi gerçekleştiren sıfatıyla yer almalı, alt yüklenicilerin vereceği zararların da teminat kapsamı dahilinde olduğu belirtilmelidir. Kıymetlerin sigortalanmasında aşağıda belirtilen hususlar dikkate alınarak muafiyet ve koasürans uygulamalarına yer verilebilir:

(a) Tüm riskler için uygulanabilecek muafiyet oranı azami % 2'dir.

(b) Deprem, sel, su baskını, toprak kayması ve terör riskleri için uygulanabilecek koasürans oranı azami %20'dir. Bunun dışında kalan riskler için koasürans uygulanmaz.

(c) Muafiyet ve koasürans kısmına isabet eden hasarların karşılanması yüklenicinin sorumluluğundadır.

(4) İşin devamı sırasında işyerinde yapılacak çalışmalar nedeniyle, işçilerle çevre halkının kazaya uğramalarını, zarar görmelerini ve işlerde zarar ve hasar meydana gelmesini önleyici tedbirlerin alınmasından da yüklenici sorumlu olup, alınan bütün tedbirlere rağmen, yüklenicinin yaptığı işlerden dolayı üçüncü kişilerin kendilerine veya mallarına zarar verilmesi ihtimaline karşı mali mesuliyet sigortası yaptırmakla da yükümlüdür. Mali mesuliyet sigorta bedeli olarak, bu konuda sigorta şirketlerinin uygulamalarında kullandığı bedeller esas alınır.

(5) (Değişik:RG-3/7/2009-27277) Sigortalara ilişkin poliçelerin, idarenin yazılı izni dışında; genişletilmiş bakım devresi teminatı hariç, poliçenin geçici kabul tarihinden önce iptal edilemeyeceği ve süresinin kısaltılmayacağı, genişletilmiş bakım devresi teminatının ise kesin kabul tarihinden önce iptal edilemeyeceği hükmünü taşıması ve ilk hakediş raporunun düzenlenip tahakkuka bağlanmasından önce idareye verilmesi gerekir. Aksi halde hakediş tutarı ve öngörülmüş ise avans ödenmez. Sigorta primlerinin ödendiğine ve sigorta sözleşmesinin yürürlükte olduğuna dair sigortacıdan alınacak bir belgenin her hak edişin tahakkuka bağlanmasından önce idareye sunulması zorunludur.

(6) Yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği sorumluluk ve yükümlülükler söz konusu sigortalara sınırlanmamış olduğundan, inşaat sigorta poliçelerinin genel şartlarının "Teminat dışında kalan haller" maddesinde belirtilen, yüklenicinin kusurlu olduğu hallerde, kusur nedeniyle sigortanın ödemediği bedeller için yüklenici idareden hiçbir talepte bulunamayacağı gibi, işin devamı süresince meydana gelecek kazalardan, bu kazaların sebep olacağı can ve mal kaybından ve üçüncü kişilere verilecek her türlü zararlardan yüklenici doğrudan sorumlu olacaktır. Yüklenici veya alt yüklenicilerin sigorta kapsamı içinde veya dışında kalan hareket ve fiillerinden dolayı meydana gelecek bütün talep ve iddiaların karşılanması yükümlülüğü de yükleniciye aittir.

(7) Yüklenici, kendisinin veya alt yüklenicinin taksirinden, ihmalden, ağır ihmalden veya kusurlu herhangi bir hareketinden dolayı idareyi ve idare personelini sorumlu tutamaz.

(8) Sözleşmenin feshi veya tasfiye halinde bu sigortalar; fesih veya tasfiye olur tarihinden başlamak üzere iş, yeni yükleniciye ihale edilinceye kadar devam ettirilir ve bu süreye ait sigorta giderleri idare tarafından karşılanır.

(9) Şehir ve kasaba sınırları dışındaki iş yerlerinde güvenlik ve düzenin sağlanması için idare tarafından verilen talimata yüklenici uymak zorundadır.

(10) İşyeri ve çevresindeki bölgede, yeterli güvenlik önleminin alınmaması sebebiyle doğabilecek hasar ve zararın ödenmesinden yüklenici sorumludur. Yüklenici, kazaların, zarar ve kayıpların meydana gelmesini önlemek amacı ile gerekli bütün tedbirleri almak ve yapı denetim görevlileri tarafından, kaza, zarar ve kayıp ihtimallerini azaltmak için verilecek talimatlara uymak zorundadır. Ayrıca yüklenici, işyerinde kullanılan araç, gereç ve makinelerle patlayıcı maddelerin yol açabileceği kazalardan korunma usullerini ve tedbirlerini çalışanlara öğretmek zorundadır.

(11) İş ve işyerlerinin korunması konusunda gerek yapı denetimi görevlileri tarafından istenen ve gerekse yüklenicinin kendi arzusu ile uyguladığı güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderlerin tümü yükleniciye aittir.

Tip sözleşmenin “İşin ve iş yerinin korunması ve sigortalanması” başlıklı 17’nci madde hükümlerine aşağıda yer verilmiştir.

17.1. Yüklenici; işyerlerindeki her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile sözleşme konusu iş için, işin özellik ve niteliğine göre, işe başlama tarihinden geçici kabul tarihine kadar geçen süre içinde oluşabilecek deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı, Yapım İşleri Genel Şartnamesinde yer alan hükümler çerçevesinde “all risk” sigorta yaptırmak zorundadır.

17.2. Yüklenici, işin geçici kabul tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçecek süreye ilişkin

a) Yüklenicinin sözleşme şartları dâhilindeki yükümlülükleri kapsamında eksik ve kusurların giderilmesi amacıyla yaptığı çalışmalar sırasında sigortalı kıymetlere verdiği zarar ve ziyanlar,

b) Bakım devresi esnasında ortaya çıkan ve inşaat devresinde yüklenicinin sorumlu olduğu bir nedene dayanan ziyan ve hasarlara karşı genişletilmiş bakım devresi teminatını içeren sigorta yaptırmak zorundadır.

17.3. Yüklenicinin iş ve iş yerinin korunması ve sigortalanması ile ilgili sorumlulukları konusunda Yapım İşleri Genel Şartnamesinde yer alan hükümler uygulanır.

5.7.2. İnceleme

YİĞŞ'nin 9.5'inci maddesine göre "Sigortalara ilişkin poliçelerin ilk hakediş raporunun düzenlenip tahakkuka bağlanmasından önce idareye verilmesi gerekir. Aksi halde hakediş tutarı ve öngörülmüş ise avans ödenmez. Sigorta primlerinin ödendiğine ve sigorta sözleşmesinin yürürlükte olduğuna dair sigortacıdan alınacak bir belgenin her hakedişin tahakkuka bağlanmasından önce idareye sunulması zorunludur." Ancak; bütün riskler sigortanın idareye teslim süresinin ilk hakedişin tahakkukundan önce herhangi bir zaman diliminde olmasının çeşitli sakıncaları vardır.

Şöyle ki: sigorta acenteleri bütün riskler sigortasını kendi sigorta sistemlerine giriş yapıp bölge müdürlüklerinden onay aldıktan sonra sigorta geçerlilik kazanmakta ve geriye yönelik (geçmiş tarihli) geçerli bir işlem yapılamamaktadır. Yüklenicinin sigorta kapsamında kalan riskleri sigorta ettirmesi, her şeyden önce kendi güvencesi için gerekli olup, bir şekilde bütün riskler sigortasının yaptırılmadığı ancak riskin gerçekleştiği durumlarda, ortaya çıkan zarar ve ziyan sonucuna her ne kadar yüklenici katlanacak olsa da geçici kabulün yapılmasından sonra bütün riskler sigortasının yaptırılmadığının tespiti halinde bütün riskler sigortası yaptırmak ve bakım devresinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Sigorta şirketleri bu sorunu çözmek için kimi zaman işin yer teslim ve bitiş tarihini sözleşmedeki gibi yazarak ancak sigortanın düzenlenme tarihinden önce geçerli olmadığı hususunu da klozların içinde yer vererek çözmeye çalışmaktadır ancak bu yöntemin sağlıklı bir uygulama olmadığı açıktır.

Eğer sözleşme süreci içerisinde bu sigortaların yapılmadığı tespit edilirse, yüklenicilere ihale dokümanına aykırı hareketten dolayı ihtar çekilip sözleşme fesih süreci başlatılabilecektir. Ancak, geçici kabulün veya kabulün yapılmasından sonra bu sigortaların yapılmadığının tespiti halinde yükleniciye yaptığın işin bedelini vermemek gibi bir seçenek

olamayacağından ve işin bedeli içerisinde bu sigortalar bulunduğu ve kabulü yapılmasına karşın yaptırılmayan sigortalardan dolayı, yükleniciden kesinti yapılması gerekir. Çünkü sözleşme bedeli içerisinde yer alan bu tutar yüklenici tarafından üstlenmek zorunda olsa da yargı mercilerinin idareyi de müterafik kusurlu saydığı ya da yüklenicinin acze düşmesi nedeniyle ortaya çıkan hasar ve zararı karşılamayacağı durumlarda, idare aleyhine doğacak zararların bu hususta kusur ihmal veya ihmali bulunan yapı denetim görevlilerinden rücu yoluyla tazmin ettirilmesi talep edilebilir.

Yukarıda bahsedilen hususlar çerçevesinde; YİĞŞ'de "Bütün riskler sigortasının idareye hakedişten önce değil yer teslim tarihinde sunulması, all-risk sigortanın bir nevi yer teslim tutanağı belgesinin eki olması gerektiği ve inşaat bütün riskler sigortası yaptırılmadan idarece yer tesliminin yapılmayacağı" yönünde ifadelerin yer almasının daha uygun olacağı düşünülmektedir.

3'üncü kişilerin göreceği zararlar YİĞŞ hükümlerine göre ve bütün riskler sigortası kapsamında yüklenicinin sorumluluğunda bulunmasına rağmen İdarelerde maddi ve manevi tazminat davalarıyla karşı karşıya kalabilmektedir. Örnek yargı kararlarına aşağıda yer verilmiştir.

...tarihli eser sözleşmesinin ifası sırasında doğalgaz borusunun tahrip edilmesi sonucu meydana gelen patlamayla dava dışı 3. kişi Mehmet'e ait otelde oluşan hasar nedeniyle ödenen tazminatın davalı yükleniciden rücu tahsil istemine ilişkindir....davacı idare ancak hile ve ağır kusur halinde sorumlu tutulabilir. Tüm dosya kapsamı itibariyle davalı yüklenici ve elemanlarının kusurunun İdareye oranla daha ağır olduğu anlaşılmaktadır. İdarenin iş kanunu kapsamındaki sorumluluğu ile sözleşme ve Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde sorumluluğunun tamamen farklı değerlendirilmesi gerekir....mahkemece yanlar arasındaki sözleşme hükümleri ve BK'nın 99'uncu maddesi gereğince, davacı tarafından ödenen tazminatın tamamının, davalı yükleniciden tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın kısmen kabul edilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması uygun bulunmuştur.

63

⁶³ Yargıtay 15. HD, T: 9.11.2004, E:1546, K:5739

Dava eser sözleşmesinden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. ... faaliyeti esnasında her türlü önlemi almak yüklenicinin görevi ve işin gereğidir, iş sahibi ise ancak B.K'nun 99. maddesi uyarınca yükleniciye karşı oluş hile veya ağır kusuru ile meydana gelmişse sorumludur. Bunların dışında iş sahibinin sorumluluğu düşünülmemeyeceğinden kaza sonucu meydana gelen zararlarla davalının ilintisi yoktur.⁶⁴

Zarar yüklenicinin üstlendiği inşaatın yapımı sırasında çıkan yangın sonucu oluşmuştur. ... Ceza mahkemesindeki yargılamada olay tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan TCK'nın 383/1 maddesinin unsurlarının bulunup bulunmadığı ve yangının çıkmasında sanıkların kusurları olup olmadığı araştırılmış, yüklenicinin özen borcu ile herhangi bir araştırma yapılmamıştır. Hukuk hâkimi, ceza mahkemesinin beraat ve kusur bulunmadığına dair kararı ile bağlı bulunmadığı ve ceza yargılamasında davalı yüklenicinin BK'nın sorumluluğu araştırılmadığından ... kararın bozulması uygun bulunmuştur.⁶⁵

Sözleşme süresi içerisinde yıkılan çatıya ilişkin zararı yüklenicinin kendisinin gidermesi ve bedelini sigorta şirketine tazmin ettirmesi gerektiğinden, kendisine idarece ayrıca ödeme yapılması mümkün değildir.⁶⁶

YİĞŞ'ne göre iş ve işyerlerinin korunması konusunda gerek yapı denetimi görevlileri tarafından istenen gerekse yüklenicinin kendi arzusu ile uyguladığı güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderlerin tümü yükleniciye aittir. Ancak aşağıda yer alan kararda Sayıştay Temyiz Kurulu güvenlik ve koruma imalatlarına ihale aşamasında teklif birim fiyat cetvelinde iş kalemi olarak yer verilmesi durumunda yapılan ödemenin kamu zararı oluşturmadığını hüküm altına almıştır.

İlamda, "galvanizli sac ile inşaat mahallinin çevrilmesi" yahut "branda tedbiri ile koruma tedbiri alınması" gibi uygulamaların YİĞŞ'nin yukarıda belirtilen maddesi gereğince iş ve iş yerlerinin korunmasına yönelik güvenlik ve koruma önlemleri olarak nitelendirilmesi gerektiğinden hareketle bunlar için yapılan harcamalardan dolayı sözleşme yapıldıktan sonra herhangi bir ücret talep edilemeyeceği" ana gerekçesi üzerine yeni birim fiyat yapılan (güvenlik ve koruma niteliğinde görülen) imalatlar için tazmin hükmü verilirken, diğer taraftan, her ne kadar mevzuatta güvenlik ve koruma önlemlerine ilişkin giderlerin yükleniciye ait

⁶⁴ Yargıtay 15. HD, T:28.05.2003, E:552, K:2785

⁶⁵ Yargıtay 15. HD, T:06.03.2006, E:956, K:1243

⁶⁶ Sayıştay 7. Dairesinin 8.1.1998 tarihli ve 8159 sayılı kararı

olduğu ifade edilmiş ise de; ihale aşamasında teklif birim fiyat cetvelinde iş kalemi olarak yer verilerek isteklilerden teklif alınan (güvenlik ve koruma niteliğindeki) imalatlar, idare tarafından yapılacak iş kapsamında değerlendirilmiş ve bedelinin ödeneceği öngörülerek, bu imalatlar için yapılan ödemeler kamu zararı hesabına dâhil edilmeyerek beraat (ilişilecek husus bulunamadığı) hükmü verilmiş ve hüküm(ler) Başsavcılık tarafından tazmin(ler)inin sağlanmasını teminen temyiz konusu edilmiştir. ...Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, teklif birim fiyat cetvelinde yer alan ve ödemesi gerçekleştirilen imalatlar (güvenlik ve koruma önlemi olarak nitelendirilse dahi) kamu zararına sebebiyet vermediğinden; Başsavcılık talebinin reddedilerek 64 sayılı İlamın 5. maddesinin A) bendiyle verilen ... TL'nin beraatine (ilişilecek husus bulunamadığına) ilişkin hükmün TASDİKİNE ... oy çokluğuyla...⁶⁷

... Hizmet Binası Yapım işi"ne ait sözleşmenin feshedildiği, İdare tarafından yapılan sigortanın, sözleşmenin fesih tarihinden ikmal ihalesine kadar olan 21/03/2012-17/09/2012 tarihleri arasındaki süreyi kapsadığı, dolayısıyla mevzuata uygun olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁸

5.8. İş Programı ve Ödenek Dilimleri

Sözleşmeye bağlanan yapım işlerinde, yüklenicinin aylık ve yıllık bazda yapması gereken imalat tutarına karşılık, İdarenin temin etmesi gereken ödenek tutarının belirtildiği doküman, iş programı olarak adlandırılır.

İş programı; sözleşmenin uygulanması aşamasında tesis edilecek; fiyat farkı hesaplamasında, teknik personelin iş yerinde bulundurulma dönemlerinin belirlenmesinde, ödenek temini için nakdi gerçekleşmenin takip edilmesinde, süre uzatımı ve ödenek aktarma kararlarında, sözleşmenin fesih edilmesi vb. işlemlere dayanak teşkil etmektedir.

5.8.1. Mevzuatta yer alan hükümler

İş programı ve ödenek dilimleri ile ilgili hususlar YİĞŞ'nin 17'nci, Tip İdari Şartnamenin 46'ncı, Tip Sözleşmenin 12'nci ve Yapım İşlerinde

⁶⁷ Sayıştay Temyiz Kurulunun 04.04.2018 tarihli ve 44279 sayılı kararı

⁶⁸ Sayıştay Temyiz Kurulunun 30.11.2016 tarihli ve 42424 sayılı kararı

Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların (2013/5217 BKK) 7'nci maddeleri ile hüküm altına alınmıştır.

YİĞŞ madde 17 - (1) Yüklenici, sözleşme veya eklerinde belirlenen süre içinde, idarece verilen örneklere uygun bir iş programını hazırlayarak, onaylanmak üzere idareye teslim edecektir.

(2) İhzarat ödenmesi öngörülen işlerde, iş programları imalat ve ihzarat iş programı olarak düzenlenir. İhzarat, iş programlarına uygun yapılacaktır. Bu programlarda gösterilenden fazla yapılan ihzaratın bedeli hakedişe konulmaz ve iş programları onaylanmadan imalat ve ihzarat bedelleri ödenmez.

(3) İdare, iş programını verildiği tarihten başlamak üzere sözleşme veya eklerinde belirtilen süre içinde, olduğu gibi veya gerekli gördüğü değişiklikleri yaparak onaylar ve onaylı bir nüshasını yükleniciye verir. İş programları idarenin onayıyla geçerli olur.

(4) İş programında, resmi tatil günleri ile sözleşmesinde belirtilmiş ise, iklim şartlarından dolayı çalışmaya elverişli olmayan dönemler dışındaki bütün günlerin çalışarak geçirileceği göz önünde tutulur. Ancak, işin bitimi çalışmaya elverişli olmayan döneme rastlar ise idare yükleniciden, teknik şartları yerine getirerek işi tamamlaması için bu devre içinde çalışmasını isteyebilir. İş programının büro çalışmaları ile ilgili bölümlerinde iklim şartları dikkate alınmaz.

(5) Kapsamlı işlerde idare, iş programının, çubuk diyagram yerine, paket yazılım iş programı veya işin özelliğine göre hazırlanmış bilgisayar destekli iş programı kullanılarak düzenlenmesini isteyebilir.

(6) Yüklenici idarece onaylanmış iş programına aynen uymak zorundadır. Ancak zorunlu hallerde idarenin uygun görüşü ile iş programında değişiklik yapılabilir.

(7) İşte idarece onaylanan bir süre uzatımı bulunduğu takdirde, yüklenici bu hususun kendisine tebliği tarihinden başlamak üzere yedi gün içinde yeni süreye göre revize iş programı düzenleyerek idarenin onayına sunmak zorundadır.

Tip İdari Şartname md. 46.3'e göre: "Yüklenici yapım işi için sözleşmede belirtilen ödenekleri iş programına uygun şekilde imalat ve/veya ihzarat olarak sarf etmek zorundadır.

46.4. Yüklenici, sözleşme bedelini aşmamak şartıyla, iş programına nazaran daha fazla iş yaptığı takdirde, fazla işin bedeli ödenek imkanları dahilinde ödenir.

Tip Sözleşme madde 12.1'de "Yüklenici, iş programını yer tesliminin yapıldığı tarihten itibaren 15 gün içinde, sözleşme bedeli üzerinden bir günde yapılması gereken iş tutarını hesaplayarak, ödeneklerin yıllara göre dağılım esasları ile varsa işin kısımları ile bitirme tarihlerini de dikkate alarak İdarece verilen örneklere uygun olarak hazırlar. Bu programda ayrıca;... yıllık ödenek dilimleri ve bunların aylara dağılımı gösterilir ve iş programı en az dört nüsha hazırlanarak onaylanmak üzere İdareye teslim edilir.

12.2. İdare, iş programını verildiği tarihten başlamak üzere...gün içinde onaylar.

12.3. İş programının hazırlanması ve uygulanması ile ilgili diğer hususlarda YİĞŞ hükümleri uygulanır." hükümleri yer almaktadır.

Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar (2013/5217 BKK) madde 7- (1) "Sözleşme imzalandıktan sonra iş kalemlerinin, aylık imalatın, ihzaratın ve yıllık ödenekler ile bunların aylara dağılımını gösteren ayrıntılı bir iş programı hazırlanarak idarenin onayına sunulur.

(2) Herhangi bir aya ait iş programına yüklenicinin kusuru nedeniyle uyulmadığı takdirde, daha sonraki aylarda yapılacak imalatlarda, imalat miktarı iş programına uygun hale gelinceye kadar, fiyat farkı hesaplanırken, iş programına göre gerçekleştirilmesi gereken ayın endeksi ile işin fiilen gerçekleştirildiği ayın endeksinden düşük olanı esas alınır.

(3) Havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmadığı dönemde, idarenin izniyle yüklenici tarafından teknik şartlar yerine getirilerek işe devam edilmesi veya yüklenicinin iş programında öngörülenden daha fazla imalat yapması halinde, imalatın fiilen yapıldığı ay esas alınarak, bu dönemde gerçekleştirilen işler için fiyat farkı hesaplanır.

(4) 4735 sayılı Kanununun 10'uncu maddesinde belirtilen mücbir sebep hallerinin gerçekleşmesi veya sözleşmenin ifasının idareden kaynaklanan nedenlerle gecikmesi nedeniyle yükleniciye süre uzatımı verilmiş olması halinde, gerçekleştirilmesi gereken aya göre iş kalemleri ya da iş grupları için uzatılan süre içinde ve bu süreye göre revize edilen iş programına uygun olarak fiyat farkı hesaplanır. Bu kapsamda revize edilen iş programına yüklenicinin kusuru nedeniyle uyulmadığı takdirde ikinci fıkraya göre işlem yapılır.

(5) İdarenin talebi olmaksızın yüklenici iş programına nazaran daha fazla iş yaparsa, işin fiilen yapıldığı ay esas alınarak fiyat farkı hesaplanır.”

5.8.2. İnceleme

Sözleşmenin feshini gerektirmemekle birlikte yapım işinin gerçekleştirilmesi sırasında iş programına aykırı davranışlardan kaynaklı aksaklıkları da önlemek amacıyla ihale dokümanında iş programına göre gecikme cezası düzenlemesi yapıp yapılmayacağı yüklenici ile idareler arasında tartışmalı hususlardan bir tanesidir. İşin tamamlanması gereken süreye kadar tamamlanmadığı takdirde yükleniciye iş tamamlanıncaya kadar sözleşmede belirtilen oranlarda günlük gecikme cezası kesilmektedir. Bir de iş programına göre gecikme cezası uygulandığında aynı hata için iki ayrı bedel ödendiği görüşü yükleniciler arasında yaygın olmakla birlikte konuyla ilgili Kamu İhale Kurumunun yorumu şöyledir:

İtirazen şikâyet dilekçesinde özetle; söz konusu ihaleye ilişkin sözleşme tasarisının “Diğer Hususlar” başlıklı 31'inci maddesi ile idari şartnamenin “İş programına göre gecikme cezası” başlıklı 61'inci maddesinde “İşin yürütülmesinde iş programına göre meydana gelecek gecikmelerden dolayı (anılan imalat iş programı seviyelerine gelinceye kadar) günlük gecikme cezasının 1/8'i ceza olarak kesilir.” düzenlemesinin yer aldığı, tip sözleşme ve tip şartnamede gecikme cezalarına ilişkin olarak öngörülen düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, sözleşme tasarısı ve idari şartnamede böyle bir düzenleme yapılmasının mevzuata aykırı olduğu, diğer taraftan iş programına göre meydana gelen gecikmelerden dolayı kesilen gecikme cezalarının, imalat seviyesinin yakalanması durumunda iade edilmesine ilişkin herhangi bir hükmün de bulunmadığı, söz konusu işin süresinde bitirilmesi durumunda işin devamı sırasında iş programına göre meydana gelecek gecikmelerden dolayı kesilecek cezanın anlam ve önemini yitireceği iddia edilmektedir. Başvuru sahibinin söz konusu ihaleye teklif verdiği hususu göz önünde bulundurulduğunda, anılan düzenleme ihaleye teklif verenler

açısından eşit muamele ilkesini zedeleyecek nitelikte görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle; 4734 sayılı Kanun'un 56'ncı maddesinin (c) bendi gereğince itirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığına oy çokluğuyla karar verilmiştir. ...Kararı doğru bulan ancak gerekçe olarak katılmayan karşı görüş şöyledir: "Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi hallerinde gerekli diğer koşulları yerine getirerek idarenin sözleşmeyi feshedeceği tabiidir. Ancak sözleşmenin feshini gerektirmemekle birlikte yapım işinin gerçekleştirilmesi sırasında iş programına aykırı davranışlar sonucunda yaşanacak aksamları da önlemek amacıyla ihale dokümanında yukarıda aktarılan hüküm yönünde düzenlemeler yapılması hem işin iş programı çerçevesinde gerçekleştirilmesini sağlayacak, hem de idarenin bu aksamlar karşısında kullanabileceği bir araç olarak kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılmasına hizmet edecektir. Ayrıca 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında da gecikme cezasına ilişkin olarak ihale dokümanına bu yönde hüküm konulamayacağına ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenlerle; Milli Savunma Bakanlığı tarafından ihale edilen "... ihalesine İdari Şartnamenin "İş Programına Göre Gecikme Cezası" başlıklı 61'inci ve Sözleşme Tasarısının "Diğer Hususlar" başlıklı 31'inci maddeleri hükümlerinin 4734 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatına aykırılık taşımadığı değerlendirilmektedir." görüşüne yer verilmiştir. Belirtilen görüş doğrultusunda itirazın şikâyetinin uygun bulunmadığına karar verilmesi gerektiği oyuyla, karara gerekçe yönünden katılmıyoruz."⁶⁹

Aşağıda örnek teşkil etmesi amacıyla iş programı cezası hesaplamasına yer verilmiştir.

4 numaralı hakediş tarihi	: 08 Ağustos 2018
5 numaralı hakediş tarihi	: 10 Eylül 2018
10 Eylül 2018 tarihli 5 no.lu hakediş tutarı	: 2.150.363,20 -TL
08 Ağustos 2018-10 Eylül 2018 tarihleri arası çalışma günü	: 33 Gün
08 Ağustos 2018-10 Eylül 2018 tarihleri arası hakediş tutarı	: 483.635,76 -TL
Günlük gerçekleşme tutarı (483.635,76 -TL / 33 Gün)	: 14.655.63 TL/Gün
4 No.lu hakedişteki imalat tutarı (08 Ağustos 2012)	: 1.666.727,44 TL
08 Ağustos 2018 tarihine göre iş programı imalat tutarı	: 1.962.583,98 TL

⁶⁹ Kamu İhale Kurumunun 19.02.2007 tarihli ve 2007/UY.Z-574 sayılı kararı (TN:2007/008, GN: 44)

08 Ağustos 2018 tarihi için iş programı ile : 1.962.583,98 TL - 1.666.727,44 TL
hakkedilmiş imalat seviyesi arasındaki fark : =295.856,54 TL

Cezalı gün sayısı : 295.856,54TL/14.655,63 TL/Gün =20 Gün

Yukarıda verilen örnekte 4 numaralı hakediş tarihi itibariyle iş programına göre ulaşılabilecek seviye ile hakediş imalat seviyesi arasındaki fark tutarı, 5 numaralı hakedişteki günlük gerçekleşme tutarına bölünerek iş programına göre ulaşılabilecek seviyeye kaç günde ulaşılabilecek performansa bağlı şekilde hesaplanmıştır.

Tip sözleşmenin 12.1'inci maddesine göre "Yüklenici, iş programını yer tesliminin yapıldığı tarihten itibaren on beş gün içinde, sözleşme bedeli üzerinden bir günde yapılması gereken iş tutarını hesaplayarak, ödeneklerin yıllara göre dağılım esasları ile varsa işin kısımları ile bitirme tarihlerini de dikkate alarak İdarece verilen örneklere uygun olarak hazırlar." İdare, tip sözleşmenin 12.2'nci maddesinde belirtildiği üzere ihale dokümanında takdir yetkisi kullanılarak belirlenen sürede iş programını onaylar. Fiyat Farkı Kararnamesinin eki olan "Yapım İşleri Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar"ın 8'inci maddesinin son fıkrasında "Yüklenicinin iş programını hazırlayarak idareye onaylattırmediği durumlarda, iş programı idarece tek taraflı olarak yapılır ve onaylanır. Yüklenici, bu şekilde yapılan ve kendisine verilen iş programına uymak zorundadır." denilerek idarenin tek taraflı iş programı hazırlamasına imkân tanınmıştır. Bu imkân revize iş programı için de geçerlidir.

İş programının revize edilmesi gereken durumlarda; yıllık ödenek tutarlarının, çalışılabilir dönemlere dağılımında aylık bazda aşırı farklılıklar olmaması, revize iş programlarında, iş programının revize edilme gerekçesinin belirtilmesi, yıllık ödenek tutarlarının, yapı denetim görevlilerinin imzalarının eksiksiz olması, iş programında iş kalemi bazında aylık olarak gösterilen tutarların yatay ve düşey toplamalarının doğru olması, iş grupları içerisinde iş kalemlerinin belirtilmesi gerekmektedir. Tanzim edilmiş en son geçici (ara) hakediş raporundaki imalat toplam tutarını içeren aya ait kümülatif ödenek tutarını başta olmak

üzere önceki aylara ait aylık ödenek tutarları değiştirilmemesi gerektiği unutulmamalıdır.

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 (YİĞŞ md. 29.4). Bu hükümle birlikte iş programının onaylanmasındaki gecikmeler süre uzatımı sebebi olarak sayılmışsa da bu gecikmelerin iş üzerinde gecikmeye neden olmadığı hallerde süre uzatım şartı oluşmaz.

5.8.3. Ödenek aktarma

Ödenek dilimleri, işin sözleşme bedeli üzerinden toplam iş süresinin yayıldığı yıllar itibariyle, yüklenicinin her yıl harcaması gereken tutardır. Ödenek dilimleri oran olarak idari şartnamede, parasal tutar olarak sözleşmede belirtilir.

Uygulamaya yön verebilecek nitelikte standart bir hesaplama yöntemi bulunmamaktadır. Günlük harcamayı bulurken toplam sözleşme bedelinin toplam süreye bölünmesi, ilk yıl ödeneğinin doğrudan son yıla aktarılması, son yıl ödeneğinin o yıla ait çalışılabilir süreye bölünmesi gibi farklı uygulamalar yapmak mümkündür.

Sözleşme sonrasında, ilk defa veya süre uzatımı nedeniyle hazırlanacak revize iş programlarının; sözleşme ve eklerinde bu konuda aksine bir hüküm yoksa ve tarafların kabul edilebilir gerekçelere dayanan itirazları bulunmuyorsa, sözleşme yılı ödenekleri dikkate alınarak hesaplanacak günlük iş miktarlarına göre iş programının yapılabileceği, ancak bu yöntemin her iş için geçerli ve uygulanabilir olmayabileceği, ...İş programlarının; sözleşmesinde yer alan yılı ödenekleri ve imalat türü, nitelikleri ve öncelikleri ile yapılabilirlik süre ve şartlarıyla müteahhit firmanın iş sırasında kullanmayı düşündüğü yapım tekniği,

teknolojik imkanları, kullanılacak ekipmanlar da dikkate alınarak hazırlanabileceği ve bu ilkelere uygun olması halinde onaylanabileceği, revize iş programlarının da yukarıda belirtilen ilkeler ile ortaya çıkan yeni şartlara uygun olarak düzenlenebileceği...⁷⁰

Ödenek yetersizliği nedeniyle verilecek süre uzatımı hesabında fiilen serbest bırakılan ödeneklerin esas alınması gerekmekte olup, iş artışı sebebiyle verilecek süre uzatımlarında ise iş artış oranının toplam süreyle mukayese edilerek ilave süre hesabı yapılmasının tatbiki zorunlu bir kural olarak değerlendirilmemesi, belirlenecek ek süre konusunda artışa konu işlerin teknik özelliklerinin ve yapılabilirlik sürelerinin de dikkate alınması, başka bir ifadeyle, ilave işin niteliği ve yapı esnasındaki bu zorluklar düşünülerek ilave süre verilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan işe ait sözleşmenin konuyla ilgili 19. maddesinde yer alan "ilave işin gerektirdiği ek süre yükleniciye verilir" ifadesi de, ilave işin ihtiyaç gösterdiği süreye yaptığı işaretlerle, bu tarz bir yoruma dayanak teşkil edecek içeriğe sahip bulunmaktadır....Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, idareden kaynaklanan sebeplerle işin süresinin uzatılmasında mevzuata herhangi bir aykırılık bulunmamakta olup.....söz konusu kararın usulsüz olduğu; bu nedenle, işin (orantısız yöntemle) yapılan hesaplamalar doğrultusunda bitirilmesi gerektiği iddia edilen tarihten itibaren gecikme cezası hesaplanması gerekirken uygulamada böyle yapılmadığı şeklindeki bir yaklaşımla kamu zararına sebebiyet verildiğinden bahisle tazmin hükmü kurulamayacağı değerlendirilmektedir.⁷¹

İş Programının tanzim edilebilmesi için öncelikle yıllık ödenek dilimlerinin belirlenmesi kapsayan Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın 29.06.2011 tarih ve 3901 sayılı Genelgesinde yer alan uygulamaya ilişkin sayısal örnek şu şekildedir:

Ödenek dilimleri hesabı:

İhale tarihi: 12.03.2010

Sözleşme tarihi: 03.05.2010

İşin sözleşme bedeli: 8.878.000,00 TL

Yer teslim tarihi: 06.05.2010

⁷⁰ YFK'nın 26.01.2007 tarihli ve 2007/006 sayılı kararı

⁷¹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 21.06.2016 tarihli ve 42114 sayılı kararı

İşin süresi: 600 takvim günü

İş bitim tarihi: 26.12.2011

Sözleşmeye göre ödenek dilimleri ise;

2009 yılında %12

2010 yılında %54

2011 yılında %34

Toplam: %100 belirlenmiştir.

İşin sözleşme bedeli: 8.878.000,00 TL

İşin süresi: 600 takvim günü

06.05.2010-31.12.2010 = 240 gün

01.01.2011-26.12.2011 =360 gün

Sözleşmeye göre günlük harcama tutarı: 8.878.000,00/600

2010 yılı için gerekli ödenek: 240 x 8.878.000,00 = 3.551.200,00 TL

2011 yılı için gerekli ödenek: 360 x 8.878.000,00 = 5.326.800,00 TL

Buna göre yeni ödenek dilimlerinin de;

2009 Yılında : -

2010 Yılında : 3.551.200,00 TL

2011 Yılında : 5.326.800,00 TL

TOPLAM : 8.878.000,00 TL

Çizelge 5.1. Ödenek Aktarma Tablosu

		I. DURUM	II. DURUM
Yer Teslim Tarihi		15.04.2015	15.07.2015
İşin Süresi		600 Gün	600 Gün
İş Bitim Tarihi		04.12.2016	05.03.2017
Gün Sayısı	2015	261 Gün	170 Gün
	2016	339 Gün	365 Gün
	2017	-	65 Gün
Ödenek Tutarı	2015	5.220.000,00 TL	3.400.000,00 TL
	2016	6.780.000,00 TL	7.300.000,00 TL
	2017	-	1.300.000,00 TL

Çizelge 5.1’de yer alan 12.000.000,00-TL ihale bedelli örnekte; günlük harcama tutarı $12.000.000,00\text{-TL}/600=200.000,00\text{-TL}/\text{gün}$ ’dür.

I. durumda: 2015 yılında ödenek tutarı 261 gün için $261\text{ gün} \times 200.000,00\text{-TL} = 5.220.000,00\text{-TL}$ ve 2016 yılında ödenek tutarı 339 gün için $339\text{ gün} \times 200.000,00\text{-TL} = 6.780.000,00\text{-TL}$ ’dir.

II. durumda: 2015 yılında ödenek tutarı 170 gün için $170\text{ gün} \times 200.000,00\text{-TL} = 3.400.000,00\text{-TL}$ ve 2016 yılında ödenek tutarı 365 gün için $365\text{gün} \times 200.000,00\text{-TL} = 7.300.000,00\text{-TL}$ iken 2017 yılında ödenek tutarı $65\text{gün} \times 200.000,00\text{-TL} = 1.300.000,00\text{-TL}$ ’dir.

Çizelge 5.2. Yer Tesliminin Çalışmayan Döneme Denk Gelmesi Durumunda Ödenek Aktarma Tablosu

		I. DURUM	II. DURUM
Yer Teslim Tarihi		04.12.2015	04.12.2015
İşin Süresi		600 Gün	641 Gün
İş Bitim Tarihi		26.07.2016	05.09.2017
Gün Sayısı	2015	27 Gün	-
	2016	365 Gün	365 Gün
	2017	208 Gün	249 Gün
Ödenek Tutarı	2015	250.000,00 TL	-
	2016	1.500.000,00-TL	1.500.000,0 TL
	2017	550.000,00 TL	800.000,00 TL

Çalışılmayan dönemin 1 Aralık-1 Nisan (120 Gün) olduğu Çizelge 5.2’de yer alan örneğimizde, yer teslim tarihi (04.12.2015) çalışılmayan döneme denk gelmektedir. Bu durumda, 2015 yılına ait 250.000-TL ödenek kullanılamayacağından dolayı 2015 yılına ait ödeneğin müteakip yıllara ötelenerek, bu revizeye uygun şekilde iş programının revize edilmesi ve ötelenen ödeneğe isabet eden ek sürenin de işin bitim tarihine eklenmesi gerekmektedir. 2016 yılı günlük harcama tutarı $1.500.000/245=6122,00\text{ TL/gündür}$. Aktarılacak ödeneğe denk gelen süre ise $250.000/6122=41\text{ gün}$ ’dür. Böylelikle 26.07.2014 tarihine 41 gün ilave edilince yeni iş bitim tarihi, 05 Eylül 2017 olmaktadır.

Uygulama, ihale dökümanında ve sözleşmesinde çalışılmayan gün belirlenen ve niteliği itibariyle de çalışılmayan dönemde yapılamayacak türden olan işler için geçerlidir. İhale dokümanında çalışılmayan dönem gösterilmeyen işlerde yer tesliminin bu dönemde yapıldığı gerekçesiyle bahse konu yõteme göre süre uzatımı ve ödenek aktarma yapılması mümkün değildir.

Önerilen yöntem; müteakip yıla aktarılan ödeneğe karşılık gelen işlerin, işin tekniği bakımından öncelikle yapılması ve yükleniciye verilecek ilave Osürenin de bu işlerin yapılması için gerekli süre kadar olmasını esas alır (Gök, 2013).

5.9. İşin Süresi, Süre Uzatımı ve Gecikme Cezası Uygulaması

Tip sözleşmenin “İşe başlama ve bitirme tarihi” başlıklı 9’uncu maddesinde ve YİĞŞ’nin 29’uncu maddesinde hüküm altına alınmıştır.

5.9.1. Mevzuatta yer alan hükümler

Tip sözleşmenin “İşe başlama ve bitirme tarihi” başlıklı 9’uncu maddesinde ve YİĞŞ’nin 29’uncu maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Tip sözleşme madde 9.1. Sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren (rakam ve yazıyla) gün içinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre yer teslimi yapılarak işe başlanır.

9.2. Yüklenici taahhüdün tümünü, işyeri teslim tarihinden itibaren gün içinde tamamlayarak geçici kabule hazır hale getirmek zorundadır. Sürenin hesaplanmasında; havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmayan dönemi ile resmi tatil günleri dikkate alındığından, bu nedenlerle ayrıca süre uzatımı verilmez.

9.4. Bu işyerinde havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmadığı günler tarihleri arasındaki(rakam ve yazıyla) gündür. Ancak, işin bitiminde bu devre dikkate alınmaz ve İdare Yükleniciden teknik şartları yerine getirerek işi tamamlaması için bu dönemde çalışmasını isteyebilir. Zorunlu nedenlerle ertesi yıla sari hale gelen işlerde, çalışmaya uygun olmayan devre, ödenek durumuna ve imalatın cinsine göre dikkate alınır.

YİGŞ madde 29 – (Değişik:RG-16/7/2011-27996)

(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) Gerekliğinde 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 İdareye 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.

(5) Öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olduğu hallerde ilave işin gerektirdiği ek süre Yükleniciye verilir.

(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 açtığını 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.

5.9.2. İşin süresi

İşin başlangıcı ile bitirilmesi gereken zaman aralığını ifade eder ve takvim günü olarak ihaleyi yapan idarenin takdir yetkisi ile belirlenir.

İdarece işin süresi tespit edilirken, ihale edilen işe duyulan ihtiyaç kadar işin teknik olarak yapılabileceği makul süreler, mevsim koşulları, resmi tatil günleri, havanın fen yönünden çalışılmayan günleri, ödeneğin durumu, yapım süresini etkileyecek malzemelerin temin süreleri, ruhsat izin onay vb. işlemlerin varlığı gibi faktörlerin dikkate alınması işin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için önem arz etmektedir.

Sözleşmede işin teslimi için ..."takvim günü" tanımını kullanıldığına göre yüklenicinin mevsim gereği çalışılmayan günler, dini ve milli bayram günleri için ek süre talep hakkı yoktur⁷² (Yüksel, 2002).

İşin süresi; 4734 sayılı KİK 27'inci maddesi ve 4735 sayılı KİSK 7'nci maddeleri gereğince sözleşmede yer alması zorunlu hususlardan bir tanesi olarak sayılmıştır.

... 4734 sayılı Kanunun 24'üncü ve 27'nci maddelerinde ihale ilanı ve dokümanında belirtilmesi zorunlu hususlar arasında sayılan işin başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirtilmemesinin uygulamada sorun yaşanmasına neden olacağından... 4734 sayılı Kanunun 56'ncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline ...⁷³

5.9.3. Süre uzatımı

Sözleşmede yer alan ve mücbir sebepler ve/veya idarenin sebep olduğu haller gibi yüklenicinin sorumluluğu bulunmadığı zorunlu gecikmelerde idarece yapılacak incelemenin ardından işin bir kısmına ya da tamamına yönelik süre uzatımı verilebilir.

... bir işte keşif artışı olduğu ve bu işlerin yaptırılması kararlaştırıldığında, işin sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, yaptırılacak iş karşılığında süre uzatımı verilmesi tabiidir.⁷⁴

⁷² Yargıtay15. HD, T:27.06.1977, E:1295, K:1457 (YT-112)

⁷³ Kamu İhale Kurumunun 08.07.2008 tarihli ve 2008/UH.Z-284 sayılı kararı http://www.kikitirazlari.com/kararlar/b8-3_7.htm (Erişim tarihi 30.01.2018)

⁷⁴ YFK'nın 23 Aralık 2002 tarihli ve B.09.0.YFK.O.00.00/6-5/1639 sayılı görüşü

Yüklenici kendi kusuru nedeniyle meydana gelen gecikmelerde süre uzatım talebinde bulunamaz.⁷⁵

YİGŞ'nin 29.2'nci maddesi uyarınca; 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

YİGŞ 'nin 29.3. maddesinin ikinci fıkrasında 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 İdareye yazılı olarak bildirimde bulunması,

d) Yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi, zorunludur.

4735 sayılı KİSK 10'uncu maddesi uyarınca; mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:

a) Doğal afetler

b) Kanuni grev

c) Genel salgın hastalık

d) Kısmî veya genel seferberlik ilanı

⁷⁵ Yargıtay 15. HD, T:16.12.2004, E:2559, K:6356

e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dâhil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.” Bu yetkiyle birlikte Kamu İhale Kurumu mücbir sebep hallerini tespit edebilecektir. 25.07.2005 tarihli ve 25886 sayılı resmi gazetede yer alan Kamu İhale Genel Tebliği ile kurumca belirlenen hususlar aşağıda yer almaktadır.

Kuruma yapılan başvurulardan 4735 sayılı Kanun’un 10’uncu maddesinin (e) bendi uyarınca Kurul tarafından;

1- Yurt dışından mal veya hizmet getirilmesini gerektiren taahhüdün yerine getirilebilmesi için ithalatın zorunlu olduğu işlerde tekliflerin alınmasından sonra mahreç ülkede ihracat rejimi değişikliği yapılması, bu değişikliğin edimin yerine getirilmesine engel olması ve bu durumun tekliflerin sunulması aşamasında bilinmesinin mümkün bulunmaması halinde, bu durumun 4735 sayılı Kanununun 10’uncu maddesinin (e) bendi kapsamında mücbir sebep hali olarak kabulüne,

2- Olumsuz hava koşullarının yaygın biçimde seyrettiği durumlarda, işin yapılmasını etkileyen ve geciktiren sonuçların ortaya çıkabileceği ve bu hallerin mücbir sebep olarak kabulüne ilişkin kanuni şartları taşıyabileceğinin değerlendirildiği, bu nedenle; Sismik Ekip Kiralama Yolu İle Hizmet Alımı işinde olumsuz hava koşullarının meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi kaydıyla mücbir sebep hali olarak kabulüne,

3- Ağaçlandırma, erozyon kontrolü ve fidan dikim işlerinde, işin gerçekleştirilmesini teknik yönden imkansız kar yağışı, bu durumun meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi kaydıyla mücbir sebep hali olarak kabul edileceğine, karar verilmiştir.

Kuruma yapılan başvurulardan 4735 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinin (e) bendi uyarınca Kurul tarafından;

1-İthalat rejimi değişikliğinin, 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanununun 10'uncu maddesinin (e) bendi çerçevesinde değerlendirilebilmesi için; teklifler verildikten sonra ve önceden belirlenip duyurulamayan bir değişikliğin yürürlüğe konulması ve bu değişiklik nedeniyle edimin süresinde yerine getirilememesi gerektiğinden, ithalat rejiminde yürürlüğe konulan değişiklik önceden belirlenmiş ve kamuoyuna duyurulmuş ise bu tür bir rejim değişikliğinin mücbir sebep olmasının söz konusu olmadığına,

2- Söz konusu kanalizasyonun fabrikaya ait olması durumunda, kontrollü boşaltım ve temizliğinin fabrika sahibi firmaca (yüklenici) mutad sürelerle yaptırılması gerektiğinden olayın önlenemez bir hal olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. 4735 Sayılı Kanunun 10'uncu maddesinin (a), (b), (c), (d) bentlerinde sayılan mücbir sebep hallerine bakıldığında durumun hem öngörülemezlik, hem de önlenemezlik kriterlerini birlikte taşıması gerektiğinden anılan münhasır sözleşmelere ilişkin mücbir sebep olarak belirlenmesi istenilen durumun geliştirilip objektif haller olarak öngörülebilecek nitelikte olmadığına ve münhasıran bir sözleşmenin uygulanmasına ilişkin karar niteliğinde olacağından 4735 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinin (e) bendi çerçevesinde Kurumca belirlenecek "benzer haller" kavramı içinde değerlendirilemeyeceğine,

3- Ayrıca isteklilerce (yüklenici firmaca), ihale dokümanının satın alındıktan sonra teklif verme aşamasına kadar incelenip, tetkik edilerek teklif edilecek mallarla dokümanda belirtilen ihtiyaca konu malların nitelik ve niceliklerinin birbirini karşılayıp karşılamadığı değerlendirmesinin yapılarak söz konusu malların tedarik edilip edilemeyeceğine karar verilmesi ve sunulacak teklifin bu çerçevede hazırlanması gerekmekte ve idarelerin veya yüklenicilerin (en uygun teklif sahibi dâhil) öngörülemes ve karşı konulamaz konular hakkında önceden ve objektif belirlemeler yapma olanakları bulunmaması durumunda mücbir sebepten bahsedilebileceği için, ihale süreci tamamlanıp sözleşme imzalandıktan sonra yüklenici tarafından söz konusu malların tedarik edilemeyeceğinin anlaşılması durumunun geliştirilip objektif haller olarak öngörülebilecek nitelikte olmadığına ve münhasıran bir sözleşmenin uygulanmasına ilişkin karar niteliğinde olacağından 4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin (e) bendi çerçevesinde Kurumca belirlenecek "benzer haller" kavramı içinde değerlendirilemeyeceğine,

4- TÜPRAŞ'ın Kırıkkale Rafinerisinde 15 Eylül-18 Ekim tarihleri arasında planlı bakım yapılması sebebiyle asfalt ihtiyacının anılan rafineriden karşılanamamasının, "Kırıkkale ve Batman Rafinelerinden asfalt bitüm nakliyesinin gerçekleştirilmesi ihalesi için" 4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde belirtilen şartları taşımaması sebebiyle mücbir sebep sayılmasının mümkün olmadığına,

5- Doğal hava koşulları nedeniyle çalışılmayacak olan sürenin ihale dokümanında belirtilmesi gerektiğinden, idari şartname ve sözleşmede de bu dönemdeki hava koşulları çalışılmayacak dönem olarak düzenlenmediği hallerde doğal hava koşullarının 4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesindeki mücbir sebep hallerinden kabul edilemeyeceğine,

6- İşin yapılacağı yerdeki hava koşulları nedeniyle çalışılmayacak olan sürenin ihale dokümanında belirtilmesi ve bu çerçevede işin süresinin belirlenmesi gerektiğinden, mevsim itibarıyla işin yapılacağı yerde rutin olarak rastlanan doğal hava koşullarının 4735 sayılı Kanunun 10 uncu maddesindeki mücbir sebep hallerinden kabul edilemeyeceğine, karar verilmiştir.

Öte yandan Kamu İhale Kurumuna, mücbir sebepler ile ilgili olarak yalnızca idareler tarafından başvurulacaktır. Kamu İhale Genel Tebliğinin, mücbir sebep başvurularında izlenmesi gereken usul ve talebin taşınması gereken şartları belirleyen "Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen mücbir sebep halleri başlıklı 25.3 maddesi hükümleri şöyledir:

25.3.1. "4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun "Mücbir Sebepler" başlıklı 10'uncu maddesinde; "Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir:

- a) Doğal afetler
- b) Kanuni grev
- c) Genel salgın hastalık
- d) Kısmi veya genel seferberlik ilanı
- e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller

Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul

edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.” hükmü yer almaktadır. Söz konusu maddenin (e) bendi ile Kamu İhale Kurumuna, (a), (b), (c), (d) bentlerinde belirtilenlere benzer halleri mücbir sebep olarak belirleme konusunda yetki verilmiştir.

25.3.2. 4735 sayılı Kanun’da düzenlenen haliyle mücbir sebepler, yüklenicinin sözleşme konusu işi sözleşmede belirtilen şartlarda yapmasını engelleyen durumlardır. Maddede sayılan hallerin taahhüdün ifasını engellemesi durumunda yüklenici tarafından süresi içerisinde idareye mücbir sebep başvurusunda bulunulması gerekmektedir. Yüklenicinin talebinin mevzuat çerçevesinde sonuçlandırılması hususundaki yetki ve sorumluluk idarededir. Anılan Kanun maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen şartların varlığı durumunda, idarece yapılan değerlendirme sonucunda mücbir sebep nedeniyle süre uzatımı verilmesi veya sözleşmenin feshi yönünde karar alınabilecektir. Örneğin süre uzatımına ilişkin başvurularda, yüklenicinin mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen 20 gün içinde idareye başvurması, mücbir sebep oluşturan olayları belgelemesi ve idare tarafından, meydana gelen olayın iş üzerinde gecikmeye tesiri olup olmadığı ve bu gecikmenin yüklenici kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığının incelenmesi ve buna göre karar verilmesi gerekmektedir.

25.3.3. Yükleniciler tarafından idareye yapılan başvurularda (a), (b), (c), (d) bentlerinde belirtilen hallerin dışında bir sebebin söz konusu olması ve maddede sayılan diğer şartların bulunması durumunda, konunun (e) bendi kapsamında mücbir sebep olarak belirlenmesi talebiyle idareler tarafından Kuruma başvurulması mümkün bulunmaktadır. Kuruma yapılacak başvurularda gereksiz yazışmalara sebebiyet verilmemesini teminen, yüklenicinin mücbir sebep talebini oluşturan olayları belgelemek üzere idareye sunduğu belgeler ile varsa idarenin yaptığı incelemede ulaştığı belgelerin de gönderilmesi ve idarenin konuya ilişkin görüşünün açık olarak belirtilmesi gerekmektedir.

25.3.4. Kamu İhale Kurumu tarafından anılan Kanun maddesinin (e) bendi çerçevesinde mücbir sebep olarak kabul edilebilecek benzeri diğer hallerle ilişkin olarak genel bir belirleme yapılmaktadır. 4735 Sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin (a), (b), (c), (d) bentlerinde sayılan mücbir sebep hallerine bakıldığında bu durumlarda hem öngörülemezlik, hem de önlenemezlik şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerektiği açıktır. Anılan maddenin (e) bendi çerçevesinde Kurumca belirlenecek “benzeri diğer haller” için de bu iki kriterin bir arada sağlanması şartı

aranmaktadır. Buna göre idarelerce yapılacak başvurularda mücbir sebep olarak belirlenmesi istenilen durumun öngörülmezlik ve önlenemezlik kriterlerini birlikte taşıması gerekmektedir.

25.3.5. Kuruma yapılan başvuruların birçoğunda, mücbir sebep kabul edilmesi talep edilen durumun yükleniciler açısından öngörülmezlik ve önlenemezlik kriterlerini taşımadığı görülmektedir. Örneğin sözleşme konusu edimin ifa edilebilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasının, müdebbir bir tacir olarak yüklenicinin sorumluluğunda bulunduğu açıktır. Bu çerçevede, ihale dokümanındaki şartları okuyup kabul ederek teklif veren isteklilerin, ihale konusu işi ihale dokümanına uygun bir şekilde yerine getirmelerini mümkün kılacak hazırlık ve programlama çalışmalarını, ihale konusu edimin ifasını zora sokmayacak şekilde önceden müdebbir bir tacirin sorumluluğunu taşıyarak gerçekleştirmeleri gerekmektedir. Buna göre, idareye yapılan başvurular üzerine idarelerin yapacakları değerlendirmede başvuru konusunun yükleniciler tarafından önceden öngörülebilir ve önlenebilir olup olmadığının da değerlendirilmesi ve bu nitelikleri taşımayan talepler için Kuruma başvuruda bulunulmaması gerekmektedir.

Çimento temininde daralma olduğu ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmediği sebebiyle beton imalatında meydana gelen gecikmenin, süre uzatımı olarak verilmesine yönelik yüklenici talebinin, 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanununun 10'uncu maddesi (a), (b), (c), (d) bentlerindeki mücbir sebep hallerinden sayılması mümkün olmamaktadır. Maddenin (e) bendindeki "gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller" den sayılması için ise. Kanun, Kamu İhale Kurumundan uygun görüş alınmasını mecbur kılmaktadır. Bu nedenle; mücbir sebep olarak örnek gösterilen süre uzatımı talebinin karşılanabilmesi için, Kamu İhale Kurumu'ndan bu konuda alınmış bir kararın olması gerektiğine ...⁷⁶

.... Bakanlığının turizm bölgelerinde inşaat yasaklarına ilişkin genelgesi, turizm bölgelerinde kesin bir inşaat yasağı getirmemekte, belirli güzergâh ve belirli saat dilimlerinde, valiliklere ve belediyelere inşaatlara kısıtlama getirme konusunda talimat içermektedir. Bir başka deyişle valiliklerin ve belediyelerin inşaat yasaklarının hangi alanlarda ve ne şekilde uygulanacağını belirleme yetkisi vardır...İlgili bölgede bir inşaat yasağı uygulanmışsa ne kapsamda ve ne şekilde olduğuna ilişkin sorusuna da net bir cevap vermemiştir. ...Süre uzatımı verilebilmesi için gerekli olan ilk şart yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesidir. ...Yüklenici turizm döneminden önce de iş programının zaten gerisinde kalmıştır. İkinci şart; ortaya çıkan durumun taahhüdün yerine

⁷⁶ YFK'nın 09.03.2007 tarihli ve 2007/015 sayılı kararı

getirilmesine engel nitelikte olması şarttır. Sorumluların savunmalarında iddia ettikleri üzere, söz konusu döneme ilişkin inşaat yasağının yüklenicinin taahhütlerini yerine getirmesinde engel teşkil etmediği bu dönemde düzenlenen hakedişlerden anlaşılmaktadır. ...Süre uzatımı verilebilmesi için geçerli olması gereken bir başka şart da; yüklenicinin var olan engeli kendi gücüyle ortadan kaldıramamasıdır. Bu şartın da gerçekleşmediği yapılan imalatlardan anlaşılmaktadır... yersiz olarak 137 günlük süre uzatımı verilmesi sonucu, ... kamu zararının ödettilmesine...⁷⁷

.... betonunda feyezan nedeniyle oluşan hasarın, ... inşaatın tatil edildiği süre içinde tespitinin yüklenici yönünden olanaksız olması nedeniyle, ancak, iş yerine gitme olanağı bulunan ...tarihinde...düzenlenen tutanağın tarihi esas alınmak ... 10 günlük ihbar süresini bu tarihten hesaplanmak gerekeceğinden ...⁷⁸ (Yüksel, 2002).

Bölgede süren operasyonlar nedeniyle yalnızca güvenliği ve iş emniyetinin sağlanması açısından çalışma yapılamayan günler için süre uzatımı verilmesinde ve sorumluluğu yükleniciye ait olmayan bu süre uzatım kararının gerekçesinde güvenlik açısından gerçek durumun belirtilmiş olmamasında mevzuata aykırı bir durum yoktur⁷⁹ (Doğanyığıt ve Güvendi, 2016).

Yüklenici firmaya döşeme plakları üretim sürecinin uzun sürmesi ve dolayısıyla yükleniciye geç teslim edileceği gerekçesiyle süre uzatımı verilmiş olup, bu sebep yukarıda belirtilen mücbir sebeplerden hiç birine girmediği gibi, idarenin de neden olduğu bir sebep de değildir. Çünkü yüklenici firmanın, taahhüt konusu yapım işinde kullanacağı malzeme ve ekipmanları planlamak suretiyle ihaleye katılması gerekir.⁸⁰

... gümrük işlerinin gecikmesi nedeniyle süre uzatımı verilmesinin mümkün olmadığına ve zamanında bitirilmeyen iş için gecikme cezası kesilmesi gerekeceğine ...⁸¹

... karayolunun yapımı sırasında trafiğin devamlı surette açık bulundurulmasının temini bakımından idarece; yol inşaatının şeritler halinde ve kademeli biçimde yapılmasının istenmesi, müteahhide süre uzatımı verilmesini gerektirmez.⁸²

⁷⁷ Sayıştay 4. Dairesinin 6.10.2016 tarihli ve 146 sayılı kararı

⁷⁸ Sayıştay Genel Kurulunun 29.06.1961 tarihli ve 2678/1 sayılı kararı

⁷⁹ Sayıştay 7. Dairesinin 16.02.1999 tarihli ve 8367 sayılı kararı

⁸⁰ Sayıştay 6. Dairesinin 15.10.2009 tarihli ve 11795 sayılı kararı

⁸¹ Sayıştay 7. Dairesinin 11.02.2000 tarihli ve 8669 sayılı kararı

⁸² Sayıştay 2. Dairesinin 18.12.1962 tarihli ve 3853 sayılı kararı

...’günüzca, ... inşaatı işinde düşünölen fonksiyon değışikliklerini konu alan işi durdurma yazısının ... tarihinde yüklenici firmaya yazıldığı, ancak düşünölen proje ve fonksiyon değışikliğinden vazgeçilerek yüklenici firmaya ... tarihinde işe başlayarak devam etmesi gerektiğı talimatı verildiğı dikkate alındığında, müteahhit firmanın harcamadığı ... yılı ödeneğini, ... yılında harcamamasından dolayı bir sorumluluğı olmadığı, bu nedenle harcanmayan ... yılı ödeneğinin ... yılında ... yılı birim fiyatları ile harcanması, yapılacak hakediş düzenlemede ise, ... yılı fiyatlarına ilave olarak ... yılı içinde bir çalışma yaptırılmayıp ... yılı içinde yapılmasına müsaade edildiğı nedeniyle ... ile ... yılı eskalasyon fiyat farkları arasındaki farkın eklenmesine...⁸³

Deprem ve selin inşaat süresine etkisi araştırılarak mücbir sebep var ise bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle ilave süre hesaplatılmalıdır.⁸⁴

Yer teslim tutanağını inşaat yapmaya elverişli olmayan bir zamanda ve itirazsız imzalayan yüklenicinin, kural olarak, havalanın inşaatı elverişli olduğunu kabullendiğı farz olunmalıdır.⁸⁵

Davacıya verilen 47 günlük süre davalı idare elemanlarının serbest iradeleriyle verilmiş olup, davacı taraf da buna güvenerek iş programını düzenlediğine göre bundan sonra sürenin hataen verildiğinin ileri sürölmesi MK’nın 2’nci md. uyarınca iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz. Davalının süre yönünden bir zararı var ise bu konuda yetkili elemanlarına rücu etmek hakkı saklıdır.⁸⁶

Davalı idarenin usulsüz de olsa süre uzatımını kabul ettikten sonra bu konudaki iradesinden dönmesi ve bundan dolayı davacıdan gecikme cezası istemesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Zira davacı, idareden aldığı süre uzatımına güvenerek programını yapmış ve yeni teslim tarihi olarak kararlaştırılan tarihe göre işi teslim etmeyi hedeflemiştir.⁸⁷

Sözleşmeye taraf olmayan, taşeron firmaya ait mücbir sebepten kaynaklı yaşanan gecikmeler ihaleyi yapan idareyi bağlamaz.⁸⁸

⁸³ YFK’nın 04.05.2006 tarihli ve 2006/010 sayılı kararı

⁸⁴ Yargıtay 15. HD, T:11.12.2007, E:7442, K:7996

⁸⁵ Yargıtay 15. HD, T:23.10.1975, E:3477, K:4207

⁸⁶ Yargıtay 15. HD, T:09.04.1992, E:1003, K:1753

⁸⁷ Yargıtay 15. HD, T:14.03.1996, E:296, K:1383

⁸⁸ Sayıştay 5. Dairesinin 06.02.1996 tarihli ve 8829 sayılı kararı

Sözleşme süresinin uzatılmasına dair taleplerin sürenin bitiminden önce yapılması gerektiğinden, bağrılanacak sözleşmelere bu yolda hükümler konulması icap eder.⁸⁹

İşin süresine uygun biçimde belirlenmiş ve dengelenmiş bulunan ödenek dilimleri, yüklenicinin kusuru nedeniyle meydana gelen gecikmeler hariç, verilecek süre uzatımlarından doğrudan etkileneceğinden uzatılan süreye uygun biçimde aylık ve yıllık ödenek dilimlerinin de revize edilmesi gerekir.

2013/5217 sayılı “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar” 7’nci maddesinin 4’üncü fıkrasında “4735 sayılı Kanunun 10’uncu maddesinde belirtilen mücbir sebep hallerinin gerçekleşmesi veya sözleşmenin ifasının idareden kaynaklanan nedenlerle gecikmesi nedeniyle yükleniciye süre uzatımı verilmiş olması halinde, gerçekleştirilmesi gereken aya göre iş kalemleri ya da iş grupları için uzatılan süre içinde ve bu süreye göre revize edilen iş programına uygun olarak fiyat farkı hesaplanır.” hükmü bulunmaktadır.

İşin bitim tarihinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması halinde, uzatılan süre içerisinde ve bu süreye göre revize edilen iş programına uygun olarak yapılan iş kalemleri ya da iş grupları için, fiyat farkı verilmesine ilişkin esasların 12’nci maddesi hükümlerine göre fiyat farkı verilebileceğine...⁹⁰

Verilen ek sürenin meydana gelen iş artış oranıyla işin sözleşmede kararlaştırılan toplam sürenin mukayesesi yoluyla mı bulunacağı yoksa işin toplam süresinden bağımsız olarak mı belirleneceği hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yüksek Fen Kurulu Başkanlığının Sayı:19644152-010.06.02/1615 numaralı, 15 Kasım 2013 tarihli genelgesinde “Süre uzatımı belirlenirken; gerekli sürenin yalnız sözleşme süresi ve bedelinden hareketle hesaplanması her zaman doğru sonuç vermemektedir. Bu itibarla, süre uzatımını ilgilendiren sözleşme kapsamındaki imalatlar ile ilave işlere ait imalatların; teknik ve standartlarına uygun olarak asgari yapılabirlik süreleri ile kullanılacak malzemenin temininde siparişe veya diğer unsurlara bağı olarak özel bir süre

⁸⁹ Sayıştay Genel Kurulunun 16.05.1966 tarihli ve 3118/1 sayılı kararı

⁹⁰ YFK’nın 12.02.2015 tarihli ve 2015/08 sayılı kararı

gerektiyorsa bununla ilgili sürelerin de süre uzatımının belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulması gerekmektedir.” ifadeleri yer almaktadır.

İlave iş dolayısıyla verilecek ek süre asıl süreden bağımsız olarak belirlenebilir.⁹¹

Hakediş tutarının bir kısmını süresinde alamayan yükleniciye, ödemesi geciken iş üzerindeki geciktirici etkisi ölçüsünde süre uzatımı verilmelidir.⁹²

Verilecek süre uzatımının hesabında; sismik izolatörlerin yapımına başlanması gereken ... tarihi ile proje revizyonu onay tarihi olan ... arasındaki toplam günden, çalışılmayan devrenin dikkate alınması ve çalışılmayan devreye giren gün sayısının düşülmesi, ayrıca, bulunan bu süreden, izolatörlerin yapımına bağlı kalınsızın_yapılabilecek imalatların yapım süresinin hesaplanarak düşülmesi ve varsa kalan sürenin süre uzatımı olarak dikkate alınması,...Aktarılabilecek ödeneğin hesabında ise; izolatörlerin yapımına bağlı kalınsızın yapılabilecek imalatların tutarının hesap edilerek bu tutarın ... yılı ödeneği olarak tespit edilmesi ve sözleşmesinde belirtilen ... yılı ödeneğinden arta kalan harcanamayan ödeneğin iş sonuna aktarılmasının uygun olacağı görüşüne varılmıştır.⁹³

... yapım işinde süre uzatım kararına istinaden düzenlenen revize iş programında, sadece süre uzatım tarihinden sonraki aylar değil, süre uzatım tarihinden önceki dönemlere ilişkin bütün ayların ödenek dilimlerinin de yeniden belirlendiği ve buna paralel olarak önceki dönemlere ilişkin bütün fiyat farklarının yeni ödenek dilimlerine paralel olarak tekrar hesaplandığı; bu şekilde hesaplanan fiyat farklarından, önceki aylarda fiilen hesaplanıp ödenmiş olan fiyat farklarının minha edilerek fazla tutarların yükleniciye ödendiği görülmektedir...15'inci hakedişe kadar ilk onaylı iş programına uygun olarak fiyat farkları hesaplanıp ödendiği halde; daha sonra ..tarih ve ... sayılı ödenek dilimi değişikliği yazısı ile revize iş programı yapılarak 2012 ve 2013 ödeneklerinin geçmişe dönük olarak, aylık bazda yeniden hesaplanması ve fiyat farkları için 15'inci hakedişte geçmişe dönük fark ödenmesi; YİGŞ ve sözleşme hükümleri gereği uyulması zorunlu iş programı hazırlanması ile 2002/5039 sayılı Fiyat Farkı Kararnamesi eki Esaslarda belirtilen, iş programına uygun fiyat farkı ödenmesi amaçlarını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, tazmin hükmünün tasdikine karar verilmesi gerekir.⁹⁴

⁹¹ Sayıştay 7. Dairesinin 01.07.1993 tarihli ve 7382 sayılı kararı

⁹² Sayıştay 7. Dairesinin 16.01.1977 tarihli ve 7939 sayılı kararı

⁹³ YFK'nın 10.08.2006 tarihli ve 2006/051 sayılı kararı

⁹⁴ Sayıştay Temyiz Kurulunun 03.05.2017 tarihli ve 43042 sayılı kararı

5.9.3.1. Çalışılmayan dönem

Yapım işlerine ilişkin tip sözleşmenin 9'uncu maddesindeki havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmadığı günlerin tespitinde; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı tarafından yayınlanan genelge ile havanın fen noktasından çalışılmaya uygun olmayan devresi 24.09.2018 tarihli SAYI:19644152-010.06.02/1615-166191 sayılı ve 2018/12 numaralı genelge ile yeniden düzenlenmiştir.

Bayındırlık Bakanlığı, Yapı İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan 07.07.1982 tarihli çalışılmayan günler listesi yürürlükten kaldırılarak güncel liste 01 Ocak 2019 tarihi itibari ile yürürlüğe girmiştir.

Tip sözleşme ve YİĞŞ'nin ilgili maddelerine aşağıda yer verilmiştir.

Yüklenici taahhüdün tümünü, işyeri teslim tarihinden itibaren gün içinde tamamlayarak geçici kabule hazır hale getirmek zorundadır. Sürenin hesaplanmasında; havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmayan dönemi ile resmi tatil günleri dikkate alındığından, bu nedenlerle ayrıca süre uzatımı verilmez (Tip sözleşme md.9.2).

Bu işyerinde havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmadığı günler tarihleri arasındaki(rakam ve yazıyla) gündür. Ancak, işin bitiminde bu devre dikkate alınmaz ve İdare Yükleniciden teknik şartları yerine getirerek işi tamamlaması için bu dönemde çalışmasını isteyebilir. Zorunlu nedenlerle ertesi yıla sari hale gelen işlerde, çalışmaya uygun olmayan devre, ödenek durumuna ve imalatın cinsine göre dikkate alınır. (Tip sözleşme md.9.4)

İş programında, resmi tatil günleri ile sözleşmesinde belirtilmiş ise, iklim şartlarından dolayı çalışmaya elverişli olmayan dönemler dışındaki bütün günlerin çalışarak geçirileceği göz önünde tutulur. (YİĞŞ md. 17/4)

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. (YİGŞ md. 29.9)

Örnek yargı kararları aşağıda verilmiştir.

İşin yapılacağı yerdeki hava koşulları nedeniyle çalışılmayacak olan sürenin ihale dokümanında belirtilmesi ve bu çerçevede işin süresinin belirlenmesi gerektiğinden, mevsim itibarıyla işin yapılacağı yerde rutin olarak rastlanan doğal hava koşullarının 4735 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesindeki mücbir sebep hallerinden kabul edilemeyeceğine...⁹⁶

Keşif artışına konu ilave iş istinat duvarı imalatı (harçlı imalat) olduğuna göre, teknik yönden çalışılmayan dönemde imalatının sakıncalı olması nedeniyle, ilave süre verilmesi sırasında YİGŞ'nin 30'uncu maddesi hükmü gereği süre uzatımlarında yapılacak işin özelliğine göre çalışılmayacak günler de dikkate alınarak süre belirlenmiş olmasında mevzuata aykırılık söz konusu değildir.⁹⁷

İlave iş artışı nedeniyle verilen süre uzatımının sözleşmesine göre işin bitim tarihine eklenmeyerek, çalışılmayan dönemin bitimine eklenmesinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.⁹⁸

14 günlük gecikmenin yüklenicinin kusurundan kaynaklanmamış olmaması; yapılacak imalatların hava koşulları nedeniyle teknik yönden sakıncalı olması ve iş yeri teslimi sonucu belirlenen iş bitim tarihine eklenecek 14 günlük sürenin sözleşme ile belirlenmiş olan "çalışılmayan günlere" isabet etmesi nedenleri sonucunda İdarece yüklenicinin süre uzatım talebi dışındaki gerekçelerle süre uzatımı verilmesinde ve bu sürenin 1 Nisan 2008 tarihinden itibaren başlatılmasında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.⁹⁹

...süre uzatımı başlangıç tarihinin itibarı ile bir tarih yerine "havaların beton dökmeye müsait olduğu tarih" olarak kararlaştırılmasında yasaya aykırılık yoktur. Ancak havaların beton dökmeye müsait olduğu tarihin bazı belgelerle (örneğin meteoroloji raporlarıyla) kanıtlanması gerekir. Eğer yüklenici, bu yolla belirlenen

⁹⁶ Kamu İhale Genel Tebliği, 25.07.2005 tarihli ve 25886 sayılı Resmi Gazete

⁹⁷ Sayıştay 1. Dairesinin 15.9.2015 tarihli ve 40775 sayılı kararı

⁹⁸ Sayıştay Temyiz Kurulunun 17.09.2013 tarihli ve 37596 sayılı kararı, Sayıştay Temyiz Kurulunun 24.2.2015 tarihli ve 40055 sayılı kararı; Sayıştay Temyiz Kurulunun 15.9.2015 tarihli ve 40775 sayılı kararı

⁹⁹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 18.12.2012 tarihli ve 35956 sayılı kararı

tarihten önceki bir tarihte betonu dökmeye başlarsa süre uzatımının başlangıcı olarak bu tarih esas alınır (Yüksel, 2002).¹⁰⁰

... gibi nedenlerle ... gün süre uzatımı verilen işte, bu sürenin ilk gününün ... tarihi ile kış sezonunun başladığı belgelenen ... tarihi arasında, kalan ... günün de gelecek yılın iş mevsiminin açıldığı ... gününden itibaren işleminde bir sakınca görülmemiştir (Yüksel, 2002).¹⁰¹

Davacı ... davalı idareden talep ettiği uzatımın yetersiz olduğunu ileri sürerek 60 gün süre uzatımı verilmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir... yasanın öngörülen durumlar dışında eda davası açılabilir yerde tespit davası açılması hukuken mümkün değildir (Yüksel, 2002).¹⁰²

Süre uzatım kararına ekli mücbir sebepler raporunda yazılı anormal hava şartları nedeniyle, işin süresinde bitirilemeyeceği kabul edilerek 300 gün süre uzatımı verilmesi, sözleşmede yer alan açıklayıcı ve ispat edici belgelerin ibraz edilmemiş olması nedeniyle mümkün görülmemiştir.¹⁰³

İşin süresi içinde mevsimsel olarak o bölgede gerçekleşen yağışların geçmiş yıl ortalamalarından önemli ölçüde farklılık gösteren ve öngörülebilir sınırları aştığının yetkili merci Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü tarafından tespit edilmesi durumunda, öngörülemezlik ve önlenemezlik kriterleri oluşacağından, bu halde ortaya çıkan durumun 4735 sayılı Kanununun 10'uncu maddesinde sayılan «mücbir sebep» olarak kabul edilebileceğine oy çokluğuyla karar verilmiştir.¹⁰⁴

İdare hava koşullarından dolayı çalışılmadığını saptamıştır. Mücbir sebep gereğince süre uzatımı vermesi gerekirken, sözleşmeyi fesih ve teminatı gelir kaydetmesi haklı sayılamaz.¹⁰⁵

İş süresinin hesabında ilin havanın fen noktasından çalışılmayan günleri dikkate alınmış olduğundan ve bu sebeple ayrıca süre uzatımı verilemez.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Sayıştay 4. Dairesinin 13.10.1962 tarihli ve 175 sayılı kararı

¹⁰¹ Sayıştay 2. Dairesinin 17.08.1962 tarihli ve 4132 sayılı kararı (YT-670)

¹⁰² Yargıtay 15. HD, T:21.02.1989, E:2213, K:713 (TU,s.236)

¹⁰³ Sayıştay Temyiz Kurulunun 13.04.1993 tarihli ve 22999 sayılı kararı

¹⁰⁴ Kamu İhale Kurulunun 12.10.2009 tarihli ve 2009/DK.D-138 sayılı kararı

¹⁰⁵ Yargıtay 15. HD, T:15.04.1999, E:557, K:1435 sayılı kararı

¹⁰⁶ Sayıştay Temyiz Kurulunun 25.12.2012 tarihli ve 36018 sayılı kararı

...işin süresinin hesabında havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmayan devresi dikkate alınıp bu devreye istinaden ayrıca süre uzatımı verilmesi mümkün olmadığından...¹⁰⁷

5.9.3.2. Hakediş süre uzatımı

Mevzuatta yer alan hükümler aşağıda sunulmuştur.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 29.06.2011 tarihli ve B.09.0.YIG.0.14.02.00.3901 sayılı “Süre Uzatımı ve Ödenek Aktarma İşlemlerinde Dikkat Edilecek Hususlar” konulu genelgesine göre: “Yüklenicinin herhangi bir kusuru veya eksikliği bulunmakla birlikte, ödemenin idare kaynaklı sebeplerle gecikmesi dolayısıyla süre uzatımı verilmesinde sakınca bulunmamaktadır. Ancak süre uzatımı verirken sözü edilen bu mücbir sebep yeterli olmayıp 45 günü aşan günlerin işte bir gecikmeye neden olması ve işte bunun dışında yüklenicinin kusurundan kaynaklanan bir gecikmenin olup olmadığı hususunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Hakediş ödemelerindeki gecikmelerden dolayı işte bir gecikme olması durumunda hakediş ödemelerindeki gecikmenin işe etki derecesi göz önünde bulundurularak gecikmeye tekabül eden ilave süre; hakedişin ödemesinin gecikmeye başladığı tarihte (45. günden bir sonraki gün) idare ve yüklenicinin hazır olduğu halde şantiye mahallinde yapılacak durum tespit tutanağı ile hakedişin tahakkuka bağlandığı gün yapılacak durum tespiti arasında sözleşme fiyatları ile yapılan imalatlar tutarının günlük harcama tutarına bölünmesi ile ortaya çıkan gün sayısının toplam gecikmiş gün (45. günden sonra hakedişin ödendiği güne kadar geçen süre) sayısından çıkarılması ile elde edilir. Bulunan süre uzatımı bir üst tam sayıya yuvarlanacaktır.”

Tip Sözleşmenin 11’nci maddesi 2’nci fıkrasına göre; “Hakediş raporları, bu sözleşmenin eki olan YİĞŞ’de düzenlenen esaslar çerçevesinde, kanuni kesintiler de yapılarak her ayın ilk beş iş günü içinde düzenlenir. Hazırlanan hakedişler raporları İdarece onaylandıktan sonra otuz gün içinde tahakkuka bağlanarak on beş gün içinde ödenir.”

YİĞŞ’nin 39’uncu maddesi f fıkrasına göre: “...Hakediş raporu, yüklenici veya vekili tarafından imzalandığı tarihten başlamak üzere en geç sözleşmesinde yazılı sürenin sonunda, eğer sözleşmede bu hususta bir kayıt yoksa otuz gün içinde tahakkuka bağlanır. Bu tarihten başlamak üzere on beş

¹⁰⁷ Sayıştay Temyiz Kurulunun 30.10.2013 tarihli ve 37777 sayılı kararı

gün içinde de ödeme yapılır.”

Dikkat edilmesi gerekli hususlardan biri de idareden kaynaklı yaşanabilecek gecikmelerde her iki aşamaya ait sürenin birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı değerlendirileceğidir. (30 gün + 15 gün)

Aşağıda örnek yargı kararları sunulmuştur.

45 günlük süreyi aşan gecikmelerin süre uzatımına konu edilmesi gerekir.¹⁰⁸

Yüklenicinin alacağı bir bölümünü gününde alamamış olması, ona işi tamamen durdurma yetkisi vermez.¹⁰⁹

...İdarenin hakedişlerin zamanında ödenmemesi nedeniyle işin müteahhidine süre uzatımı vermesi ve ödenek aktarması yapması mevzuata uygundur.¹¹⁰

Nakit yetersizliği, hiçbir zaman süre uzatımı ile ödenek aktarılmasına ve fiyat farkı ödemesine sebep teşkil etmez. Bu durumda yüklenicinin sadece Borçlar Kanuna göre gecikme faizi talep etme hakkı doğar.¹¹¹

... zamanında ödenemeyen hakediş miktarı için verilecek süre uzatımının sözleşme ve ekleri hükümlerine göre belirlenmesi ve işin bitim tarihine eklenmesi gerektiğine, bu durumda süre uzatımının cüzi bir süre olabileceği ve çalışılmayan günler kapsamına girmeyeceği, ayrıca süre uzatımı, çalışılmayan günlere rastlarsa dahi bu işlerin çalışılmayacak günlerde yapılabilecek imalatlar niteliğinde olması kaydıyla yükleniciden bu sürede çalışılmasının istenebileceğine....¹¹²

5.9.4. Gecikme cezası

YİĞŞ'nin 29.1'nci maddesine göre “İşin, sözleşmesinde belirlenen zamanda tamamlanıp geçici kabule hazır hale getirilmemesi durumunda, gecikilen her gün için sözleşmesinde öngörülen günlük gecikme cezası uygulanır.”

¹⁰⁸ Sayıştay 7. Dairesinin 14.07.1992 tarihli ve 7232 sayılı kararı

¹⁰⁹ Sayıştay 7. Dairesinin 16.01.1997 tarihli ve 78939 sayılı kararı

¹¹⁰ Sayıştay Temyiz Kurulunun 09.01.2007 tarihli ve 29027 sayılı kararı

¹¹¹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 06.06.2000 tarihli ve 24779 sayılı kararı

¹¹² YFK'nın 08.12.2010 tarihli ve 2010/83 sayılı kararı

Gecikme cezası, 4734 sayılı KİK'in 27'nci maddesinde idari şartnamede ve 4735 sayılı KİSK'in 7'nci maddesinde ise sözleşmede yer alması zorunlu hususlardan sayılmıştır.

Bu sözleşmede belirtilen süre uzatımı halleri hariç, yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikme cezası uygulanır. 4735 Sayılı Kanunun idarenin sözleşmeyi feshetmesi başlıklı 20'inci maddesinin a bendine göre verilen en az 10 günlük süre için de gecikme cezası kesilecektir (Tip Sözleşme 25.1).

Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde, gecikilen her gün için sözleşme bedelinin ... (rakam ve yazıyla) oranında gecikme cezası uygulanır. Gecikme cezalarında süre iş günü değil takvim gününe göre hesaplanacaktır (Tip Sözleşme 25.2).

İhtarda belirtilen sürenin bitmesine rağmen aynı durumun devam etmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir (Tip Sözleşme 25.3).

Gecikme cezaları ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın yükleniciye yapılacak hakediş ödemelerinden kesilir. Bu cezaların hakediş ödemelerinden karşılanamaması halinde yükleniciden ayrıca tahsilat yapılır (Tip Sözleşme 25.4).

Kısmi kabul öngörülme işlerde işin tamamının bitirilmemesi halinde, günlük gecikme cezası sözleşme bedeli üzerinden alınır (Tip Sözleşme 25.5).

Kısmi gecikme cezası uygulanan işlerde, işin tamamının süresinde bitirilmemesi halinde gecikme cezası işin bitirilmeyen kısımları için uygulanır. Bu durumda sözleşme bedelinin tamamı üzerinden gecikme cezası uygulanmaz (Tip Sözleşme 25.6).

Yapım işlerinde sözleşme bedelinin onbinde 3'ünden az onbinde 6'sından fazla olamaz (Tip sözleşmenin 25'inci maddenin dip notu).

Onbinde 6'dan fazla bir oran belirlenmişse idarece re'sen gecikme cezası oranı azaltılamaz.¹¹³

¹¹³ Sayıştay Temyiz Kurulunun 27.12.1993 tarihli ve 23295 sayılı kararı

Ceza oranı belirlenmezse yükleniciden ceza kesilemez ancak görevlilerin sorumluluğu söz konusu olur.¹¹⁴

İşe ait sözleşme ve eklerinde işin muhtelif kısımlarına ait farklı iş bitirme tarihleri, kısmi kabul ve kısmi gecikme cezası uygulaması öngörülmediğinden, kısmi gecikme cezası uygulamasının yapılamayacağına...¹¹⁵

Sözleşme gereği taahhüt konusu ettiği edimin yerine getirilmesi gereken en son tarihten itibaren yani sözleşme süresinin bitiminden itibaren gecikme cezası uygulanması gerekmektedir.¹¹⁶

Keşif artışı nedeniyle iş süresinin uzatılması durumunda, bu süreye isabet eden iş fiilen yapılmadan feshi cihetine gidilirse bu nedenle verilen sürenin gecikme cezasının hesabında kullanılması hatadır.¹¹⁷

Havanın fen noktasında çalışılmaya uygun olmayan dönemleri için de gecikme cezası kesilmelidir.¹¹⁸

Fiyat Farkı Kararnamesinin 6.3'üncü maddesinde "Bu Esasların uygulanması sonucu ilave olarak ödenecek ya da kesilecek tutarlar fiyat farkı olup, yüklenici ile idare arasında imzalanan sözleşme bedelini değiştirmez." ifadesi yer almaktadır. Buna göre; fiyat farkı iş artışından farklı olarak sözleşme bedeline artış ya da azalış olarak etki etmeyeceği için iş artışı veya azalışı hesabında, iş programında yer alan aylık ve yıllık ödenek dilimlerinin gerçekleşmesinin takibinde fiyat farkı dikkate alınmamalı, iş deneyim belgelerinde belge tutarına eklenmemelidir. (İhale Uygulamaları Yönetmeliği md. 46). Ayrıca, günlük gecikme cezası sözleşme bedeline göre hesaplandığından, sözleşme bedeline fiyat farkı dâhil edilmemelidir.

Gecikme cezasının matrahına iş artışları da dâhil edilir.¹¹⁹

Günlük gecikme cezasının, TBK md. 179 ve devamında düzenlenen cezai şart olarak, sözleşmenin akdedildiği aşamada taraflarca bilindiği ve

¹¹⁴ Sayıştay Temyiz Kurulunun 17.06.2014 tarihli ve 39223 sayılı kararı

¹¹⁵ YFK'nın 02.07.2009 tarihli ve 2009/77 sayılı kararı

¹¹⁶ Sayıştay Temyiz Kurulunun 18.10.2011 tarihli ve 33817 sayılı kararı

¹¹⁷ Sayıştay Genel Kurulunun 02.03.1967 tarihli ve 3189/1 sayılı kararı

¹¹⁸ Sayıştay Temyiz Kurulunun 20.10.1992 tarihli ve 22845 sayılı kararı

¹¹⁹ Sayıştay 1. Dairesinin 02.05.1995 tarihli ve 5898 sayılı kararı, Sayıştay 2. Dairesinin 08.02.2005 tarihli ve 33354 sayılı kararı

kabul edildiği gerçeği ortaya çıkmaktadır. Gecikme cezası hesabında iş artışlarının dikkate alınması sözleşmede belirtilmiş bir cezai şartın sonradan tek taraflı değiştirilmesi sonucunu doğurur ki bu uygulamayı sözleşme bağlayıcıyla bağdaştırmak mümkün olmaz. Çoğu zaman belirlenen iş artışı ile kesin hesapta ortaya çıkan iş artışları farklılık arz etmektedir. Kesin hesapta meydana gelen iş artışının belirlenen orandan daha az olduğunun tespitinde kesinleşen toplam sözleşme bedeline göre gecikme cezası hesaplanıp müteahhide bir miktar iade de bulunmak gerekecektir. KİSK'in 24'üncü maddesinde düzenlendiği şekilde sözleşme bedelinde azalışta ihtimal dâhilindedir. Ceza matrahına iş artışlarının da dâhil edilmesi anlayışı benimsenirse aynı doğrultu da iş azalışları da dikkate alınmalıdır ki bu uygulamanın amacına uygun olmadığı yönde görüşler de bulunmaktadır (Gök, 2013).

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılımda yeterlilik kuralları" başlıklı 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, sözleşme bedeli tamamlanmış olmakla birlikte iş artışı nedeni ile devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde iş deneyim belgesi düzenlenebilmesi için, işin ilk sözleşme bedelinin tamamlanması ve gerçekleşme oranının toplam sözleşme bedelinin en az %80'ine ulaşması gerektiği hükmüne yer verilmiştir. Buradaki "toplam sözleşme bedeli" ifadesi iş artışı olan işlerde kullanılmakta olup, sözleşme bedeline iş artışı eklenmek suretiyle hesaplanmaktadır ve kanunun istisnai durumlarda yer verdiği bir ifadedir. Toplam sözleşme bedeli ile sözleşme bedeli ayrımının net olarak anlaşılabilmesi için "sözleşme bedeli" ifadesi yerine "ilk sözleşme bedeli" ifadesi kullanılmış, böylece toplam sözleşme bedeli üzerinden uygulama yapılabilmesinin ancak özellikle belirlenen durumlarda mümkün olduğuna işaret edilmiştir.Sayıştay Temyiz Kurulunun yapım işi sözleşmesinde gecikme cezasının hesaplanmasıyla ilgili aldığı 19/11/2013 tarihli ve 37932 tutanak nolu kararında, gecikme cezasının iş artışı hariç bedel üzerinden kesilmesi gerektiğine hükmedilmiştir...Hukuk sistemimizde sözleşmeler hukukuna hâkim olan sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesi gereğince, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediği sürece sözleşme, imzalanırken ortaya konulan irade beyanları doğrultusunda uygulanmaya devam edilir. Gecikme cezası hesabında ileride sözleşme bedelinde meydana gelebilecek artışların da dikkate alınması, sözleşmede belirtilen bir cezai şartın sonradan tek taraflı değiştirilmesi sonucunu doğuracağından, bu uygulamayı sözleşmeye bağlılık ilkesi ile bağdaştırmanın mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Diğer taraftan, gecikme cezasının iş artışı dâhil toplam

sözleşme bedeli üzerinden hesaplanmasının kabulü durumunda, iş eksilişi yapılan durumlarda da gecikme cezası hesaplanırken, iş eksilişi sonucundaki sözleşme bedelinin dikkate alınması gerekecektir ki bu uygulamanın gecikme cezasının amacına elverişli bir yöntem olduğu söylenemez... Mal alımı, hizmet ve danışmanlık hizmetleri ile yapım işlerine ilişkin sözleşmelerde, gecikme cezasının hesaplanmasında sözleşme bedeli olarak ilk sözleşme bedelinin esas alınması gerektiğine...¹²⁰

Söz konusu işin ihalesinin 3289 sayılı Kanuna göre hazırlanan ihale yönetmeliğine göre yapıldığı, tahmini keşfinin...yılı birim fiyatlar esas alınarak hazırlandığı, ihalenin...günü gerçekleştiği ve...günü de sözleşmeye bağlandığı, sözleşmeye göre işin süresinin bitim tarihinin... olarak belirlendiği, ancak ödenek yetersizliği ve %...oranındaki keşif artışından dolayı bu sürenin verilen süre uzatımlarıyla... tarihine ötelendiği ve yeni süre sonunda da müteahhidin işi bitirememesinden dolayı gecikme cezasının kesilmesinin gerektiği ve bu gecikme cezasında uygulanacak yöntemin ne olacağı konusudur...sözleşmenin 9'uncu md. ve İhale Yönetmeliğinin 71'nci md. hükümlerine göre keşif artışı verilmiş olan bu işte, ihale bedelinin; artırılmış keşfe indirim oranı uygulanarak belirlenmesi ve gecikme cezasının belirlenen bu bedel üzerinden sözleşme fiyatlarıyla kesilmesi gerektiği ...¹²¹

İşin sözleşmesinde öngörülen bitiş tarihi, kural olarak işin tümünün bitirilmesi gereken tarihtir. İşin tümünün bitirilmesi ise "geçici kabule hazır hale gelmesi" demektir. İşin tümünün sözleşmede gösterilen tarihte bitirilmemiş olması halinde bu tarihten sonraki her "takvim günü için" gecikme cezası kesilecektir... Öte yandan iş artışı veya iş eksilişi işin süresi dışında hiçbir sözleşme ve şartname hükmünü etkilemeyecektir. İş eksilişi sonucu işin süresinin de uygulamada pek yapılmamakla birlikte öne alınması gerektiğinden, gecikme cezası da öne alma sonucu belirlenen yeni sürenin bitiminden sonraki günler için uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle yasal mevzuat iş eksilişi durumunda işin süresine ilişkin sözleşme ve şartname hükmünün süre azalışı önünde değişmesini öngörmektedir... YİĞŞ'nin 42'nci md. gereğince kontrol teşkilatı tarafından ön inceleme sonucunda, yapılan işin kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri toplamının işin tamamına ait bedelin %5'inden fazla olduğunun anlaşılması halinde, söz konusu işin geçici kabule hazır hale gelinceye değin

¹²⁰ Kamu İhale Kurumu, T:13.04.2016 KN:2016/DK.D-59 GN:69 TN:2016/24

¹²¹ YFK'nın 26.01.2005 tarihli ve 2005/01 sayılı kararı

gecikme cezası kesilmesinin zorunlu olması karşısında bu cezanın kesilmemiş olması mevzuata aykırılık teşkil ettiği...¹²²

Uygulanacak ceza miktarı tespit edilirken eksik kalan işlerin bedeli değil, toplam sözleşme bedelinin esas alınması gerekmektedir.¹²³

5.10. Fiyat Farkları

2002/5039 sayılı kararnamelerden önceki kararnameler yürüyen sözleşmelere de uygulanabilecek hükümler taşımaktaydı. Yürüyen sözleşmelerde de uygulanmak üzere fiyat farkı düzenlemeleri veya yüklenicilere tasfiye talebinde bulunma imkânı getiren kararnamelerin hukuki durumları uzun süre tartışmalara konu olmuş, yargı mercilerinin farklı kararlarıyla ortaya çıkan içtihatlar Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 24.11.1986 tarihli 1986/2 esas numaralı 1986/2 sayılı kararıyla birleştirilerek, uygulamanın dayanağı ve bağlayıcılık yönüyle ilgili tereddütler giderilmiştir (Gök, 2013).

İdare ile yapılan eser sözleşmeleriyle taahhüt olunan işlerden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle yükleniciler tarafından idare aleyhine, Bakanlar Kurulunca çıkarılan 8/505, 8/2574 sayılı ve benzeri Kararnamelere dayanılarak açılan davalarda bu kararnamelerin genel bütçeye dâhil daireler, katma bütçeli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve mahalli idareler açısından geçerli hukuki sonuçlar doğurabileceğine, sözü edilen kararnamelerin belirtilen davalarda uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin olayların özellikleri dikkate alınarak hâkim tarafından saptanması gerekir. İlgili kararnamelerin yükleniciler tarafından idare aleyhine açılan davalarda geçerli hukuki sonuçlar doğurabileceğinin kabulü, hâkimin takdir hakkını ortadan kaldıracı nitelikte bir esası kapsamamaktadır. Açılan davalarda ilgili kararnamenin uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini somut olayda özelliklerini, Medeni Kanununun 2'nci maddesini de dikkate alarak hâkim tayin edecektir.¹²⁴

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararına göre, Bakanlar Kurulunca çıkartılan ve çıkartılacak Kararnamelere dayanılarak açılan davalarda,

¹²² Sayıştay Temyiz Kurulunun 01.10.2013 tarihli ve 37680 sayılı kararı

¹²³ Sayıştay 1. Dairesinin 03.08.2016 tarihli ve 10588 sayılı kararı

¹²⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, T:24.11.1986, E:1986/2, K:1986/2

Kararnamenin uygulanması mutlak değildir. Kararname uygulama koşullarının oluşup oluşmadığına olayların özelliğine bakarak hâkim karar verecektir. Bunun için her zaman olayın özelliğine ve yüklenici talebinin Medeni Kanunun 2'nci maddesinde ilke olarak benimsenen dürüst davranma kuralına uygun düşüp düşmediğine bakmak gerekir.¹²⁵

Eğer sözleşmesinde ya da eklerinde kararlaştırılan bedele fiyat farkı kararnamelerinin uygulanacağı yazılmış ise bu durumda farkların hesaplanıp ödenmesi gerektiğinde bir uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık; götürü bedelli ya da birim fiyatlarla yapımı kararlaştırılan işlerde sözleşmelerinde fiyat farkı verilmeyeceği ve bedelin hiçbir şekilde artırılmayacağı yazılan hallerde dahi hükümetçe çıkartılan kararnamelerin uygulanıp uygulanmayacağından kaynaklanmaktadır. Sözleşmede, ileride çıkartılacak kararnamelerin uygulanmayacağı yazılı hallerde, Bakanlar Kurulunun bu sözleşmelere dahi müdahale edecek nitelikte kararname çıkartma yetkisi yoktur. Bu yetki yasayla tanınsa bile, mevcut sözleşmelere, kamu düzenine ilişkin nedenler dışında müdahale edilemez. Bu durumda, fiyat farkı sözleşmeye dayanılarak istenilemez ise de BK'nın 365'inci maddesindeki koşulların oluşması halinde hüküm altına alınabilir. Koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği MK'nın 2'nci maddesindeki hususlar dikkate alınarak hâkimin takdirine bırakılmalıdır.¹²⁶

Örnek teşkil etmesi amacıyla 6 adet yargı kararı sunulmuştur.¹²⁷

...Özetle; Bakanlar Kurulu'nun yetkisinin, sadece fiyat farkı verileceği kabul edilen sözleşmelere konu işlere uygulanacak fiyat farklarını kapsamamasından dolayı; Fiyat Farkı Kararnamesinin uygulanmayacağına veya yüklenicinin yapacağı iş kapsamında hiçbir şekilde fiyat farkı almayacağına kararlaştırıldığı sözleşmelerde; fiyat farkı kararnamelere dayanılarak fiyat farkı istenemeyeceğinden ancak fiyat farkının yasal dayanağı olan BK'nın 365. maddesindeki şartların varlığı halinde fiyat farkı istemi söz konusu olabilir (Sözleşmenin uyarlanması). Oluşan karışıklıkları gidermek ve tereddütlü hususların önüne geçebilmek için, 2002/5039 sayılı kararnamede ve halen yürürlükte olan 2013/5217 sayılı Kararnamede yürüyen sözleşmelere

¹²⁵ Yargıtay 15. HD, T: 10.01.2005, E:1830, K:43

¹²⁶ Yargıtay 15. HD, T: 17.03.2003, E:4636, K:1326

¹²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T:20.9.2006 E:11-525 K:554

Yargıtay 15. HD, T:16.09.2004, E:3693, K:4251

Yargıtay 11. HD, T:12.07.2005, E:10025, K:7561

Yargıtay 15. HD, T:29.05.2006, E:1078, K:3150

Yargıtay 15. HD, T:13.12.2007, E:6579, K:8083

Yargıtay 15. HD, T:12.02.2007, E: 212, K:822

uygulanacak hükümler yer almamaktadır. Kararnamenin 6'ncı maddesi 1'inci fıkrasında da "Bu Esaslara tabi yapım işi ihalelerinde fiyat farkı uygulanabilmesi için, söz konusu işlerin ihalelerine ilişkin idari şartname ve sözleşmelerde, bu Esaslara göre fiyat farkı hesaplanacağına belirtilmiş olması gerekir. Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz." hükmü yer almaktadır. Fiyat farkı verilip verilmeyeceği hususu 4734 sayılı KİK'in 27/s maddesine göre idari şartnamede; 4735 sayılı KİSK'in 7/g maddesine göre sözleşmede yer alması zorunlu hususlardandır. Böylelikle fiyat farkının verilebilmesi için hem idari şartnamede hem de sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir. Söz konusu işin hem götürü bedel olarak ihale edilmiş olması hem de sözleşmede her ne suretle olursa olsun fiyat farkı ödenmeyeceği hususunun belirtilmiş olması nedeniyle, yüklenici sözleşmede yazılı mücbir sebepler veya yükleniciden kaynaklanan sebeplerle süre uzatım durumunun ortaya çıkması üzerine verilecek ek süre için herhangi bir fiyat farkı talebinde bulunmayacağını göz önünde bulundurarak fiyat teklifinde bulunmuş olmalıdır. Yani, yüklenici götürü bedel sistemi içerisinde her türlü riski dikkate alarak ve bunların teklifine yansıtarak sözleşmeyi imzalamalıdır.¹²⁸

Bakanlar Kurulu Fiyat Farkı Kararnamesinin sözleşmenin eki olmaması nedeniyle uygulanamayacağı...¹²⁹

... işinde sözleşmede fiyat farkı ödenmeyeceği öngörülmesine rağmen, yükleniciye asgari ücret fiyat farkı adı altında ödemede bulunulması nedeniyle tazmin hükmünün tasdikine karar verilmiştir.¹³⁰

İdari şartnamede fiyat farkı verilemeyeceğine dair bir hüküm bulunup sözleşmede fiyat farkı verileceğine dair bir hüküm bulunduğu; ihale dokümanları arasındaki öncelik sırası dikkate alındığında ve 4735 sayılı KİK'in 4'üncü maddesinde yer alan "Bu kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez" hükmü uyarınca fiyat farkı verilmesi gereklidir. Elbette, tersi durumda yani idari şartnamede fiyat farkı hesaplanmayacağı yönünde hüküm varken, sözleşmede fiyat farkı hesaplanacağı yönünde düzenleme yapılması halinde yine idari şartname hükmü esas alınacak ve söz konusu iş için fiyat farkı hesaplanmayacaktır (Gündüz ve Koçtepe, 2016).

¹²⁸ Sayıştay Temyiz Kurulunun 19.06.2012 tarihli ve 35224 sayılı kararı

¹²⁹ Yargıtay 15. HD, T:6.11.2003, E:2003/5630, K:2003/5303

¹³⁰ Sayıştay Temyiz Kurulunun 26.01.2016 tarihli ve 41400 sayılı kararı

Ancak; Yüksek Fen Kurulunun aksi yöndeki değerlendirmesi şöyledir:

... konu incelendiğinde, ihale öncesi ihale dokümanlarından idari şartname ve sözleşme tasarısında fiyat farkı verileceği hususu yer almasına rağmen, sözleşmenin 15.2. maddesi "Fiyat farkı verilmeyecektir." şeklinde değiştirilerek idare ve yüklenici tarafından karşılıklı olarak imzalandığı görülmektedir. Sözleşmenin imzalanarak ihalenin kesinleşmesinden sonra ortaya çıkan bu husus yukarıda belirtilen 4735 KİSK'e aykırı bir husustur. 4735 sayılı KİSK'in 8'inci maddesi, sözleşme imzalandıktan sonra fiyat farkı ile ilgili bir değişikliğin yapılamayacağı hükmündedir. ...inşaatı içinde, 4735 sayılı KİSK'e aykırı olarak düzenlenerek imzalanmış olan söz konusu sözleşmede, 15.2. maddesine göre fiyat farkının verilemeyeceği anlaşılmaktadır.¹³¹

...fiyat farkının verilebilmesi için hem idari şartnamede hem de sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir.¹³²

5.10.1. 2013/5217 sayılı fiyat farkı kararnamesinin kapsamı

Fiyat farkı uygulaması, 4734 sayılı KİK ve 4735 sayılı KİSK ile düzenlenmiştir. 4735 sayılı KİSK'in 8'inci maddesi gereğince de "Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir." Bu maddeye dayanılarak 2013/5217 sayılı Kararname ile "4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar" belirlenmiştir.

Bu Esaslara göre hesaplanan fiyat farkları, fiyat farkı ödenmesine konu olabilecek tüm fiyat artışlarını kapsar. Ancak, yüklenicinin kullandığı farklı yapım teknikleri, makine, ekipman ve malzeme ile işçiliğin cins ve miktarı, Türk parasının yabancı paralar karşısında değer kaybetmesi veya kazanması, yurtdışından temin edilen malzemenin menşei ülkede fiyatının değişmesi ve benzeri diğer nedenlerle fiyat farkı hesaplanamaz.

¹³¹ YFK'nın 14.09.2005 tarihli ve 2005/092 sayılı kararı

¹³² Sayıştay Temyiz Kurulunun 19.06.2012 tarihli ve 35224 sayılı kararı

4734 sayılı KİK'e göre yapım işleri; "Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri" şeklinde tanımlanmıştır.

Kararname; 4734 sayılı kanuna göre ihale edilen ve 4735 sayılı kanuna göre sözleşmeye bağlanan ve Türk parası ile sözleşmeye bağlanan yapım işlerini kapsamaktadır. Ancak bu kanundan istisna olan yapım işlerinde ihale dokümanlarında; doğrudan temin usulüyle yapılan yapım işlerinde sözleşmelerinde bu esaslara uygun biçimde açık bir düzenleme bulunması halinde fiyat farkı uygulaması yapılabilir. Bedeli yabancı para birimi cinsinden veya kur farkları ayrıca hesaplanmak suretiyle yabancı para birimi karşılığı Türk parası ile ödenen işler için bu Esaslar uygulanmaz. Türk parası ile yabancı para birimi üzerinden ayrı ayrı olmak üzere toplam bedel üzerinden sözleşme yapılması halinde sözleşmenin Türk parası üzerinden ödeme yapılan kısmı için fiyat farkı hesaplanacağı öngörülebilir.

5.10.2. Fiyat farkı hesabı

Temel Endeks: İhale tarihinin içinde bulunduğu aya, çerçeve anlaşma ihalelerinde ise münferit sözleşme için teklif vermeye davetin yapıldığı tarihin içinde bulunduğu aya ait endeksi,

Uygulama Ayı: İş programına uygun olarak işlerin gerçekleştirilmesi gereken ayı,

Güncel Endeks: Uygulama ayına ait endeksi,

$$F = A_n \times B \times (P_n - 1)$$

F: Fiyat farkını (TL),

An: İlk geçici hakedişte (n=1) olmak üzere (n)' inci hakedişte; birim fiyatlı işlerde uygulama ayında gerçekleşen iş kalemleri ve ihzarat miktarlarının sözleşme birim fiyatlarıyla çarpılması sonucu bulunan tutarı (TL), anahtar teslimi götürü bedel işlerde ise uygulama ayında gerçekleşen ilerleme yüzdesiyle sözleşme bedelinin çarpılması sonucu bulunan tutarı (TL),

B: 0,90 sabit katsayısını,

$$P_n = a \frac{I_n}{I_o} + b_1 \frac{C_n}{C_o} + b_2 \frac{D_n}{D_o} + b_3 \frac{Y_n}{Y_o} + b_4 \frac{K_n}{K_o} + b_5 \frac{G_n}{G_o} + c \frac{M_n}{M_o}$$

P_n: İlk geçici hakedişte (n=1) olmak üzere (n) inci hakedişte, fiyat farkı hesabında kullanılan temel endeksler ve güncel endeksler ile a, b₁, b₂, b₃, b₄, b₅ ve c değerlerinin ağırlık oranları temsil katsayılarının yukarıdaki formüle uygulanması sonucu bulunan fiyat farkı katsayısını,

Formülde yer alan;

a: İşçilik ağırlık oranını temsil eden sabit katsayısı,

b₁: Metalik olmayan diğer mineral ürünlerinin ağırlık oranını temsil eden sabit katsayısı,

b₂: Demir ve çelik ürünlerinin ağırlık oranını temsil eden sabit katsayısı,

b₃: Katı veya sıvı yakıtların ağırlık oranını temsil eden sabit katsayısı,

b₄: Ağaç ve mantar ürünlerinin ağırlık oranını temsil eden sabit katsayısı,

b₅: Diğer malzemelerin ağırlık oranını temsil eden sabit katsayısı,

c: Makine ve ekipmana ait amortismanın oranını temsil eden sabit katsayısı, ifade eder.

Formüldeki temel endeksler (o) ve güncel endeksler (n)'den;

I_o, I_n: İşçilik için, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık yayımlanan 2003=100 Temel Yıllı Tüketici Fiyatları Endeksi Harcama Gruplarına Göre Endeks Sayıları Tablosunun "Genel" sütunundaki sayıyı,

Ç_o, Ç_n: Metalik olmayan mineral ürünleri için, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık yayımlanan 2003=100 Temel Yıllı Üretici Fiyatları Alt Sektörlere Göre Endeks Sonuçları Tablosunun 26 numaralı “Metalik Olmayan Diğer Mineral Ürünleri”, 261 numaralı “Cam ve Cam Ürünleri”, 262 numaralı “İnşaat Amaçlı Olanlardan Başka Ateşe Dayanıklı Olmayan Seramik Ürünler; Ateşe Dayanıklı Seramik Ürünler”, 263 numaralı “Seramik Karo ve Kaldırım Taşları”, 264 numaralı “Fırınlanmış Kilden Kiremit, Briket, Tuğla ve İnşaat Malzemeleri”, 265 numaralı “Çimento, Kireç ve Sıva Alçısı”, 266 numaralı “Beton, Sıva Alçı ve Çimentodan Yapılan Ürünler”, 267 numaralı “Bina Taşları ve Bunlarla İlgili Nesnelere Süslenmesi, Kesilmesi, Şekillendirilmesi ve Tamamlanması” sütunundaki sayılardan ilgisine göre uygun olan birini veya birkaçını,

D_o, D_n: Demir ve çelik ürünleri için, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık yayımlanan 2003=100 Temel Yıllı Üretici Fiyatları Alt Sektörlere Göre Endeks Sonuçları Tablosunun 27 numaralı “Ana Metaller”, 271 numaralı “Esas Demir, Çelik ve Demir Alaşımları”, 272 “Borular”, 273 numaralı “Diğer İlk İşlenmiş Demir ve Çelik Ürünleri”, 274 numaralı “Değerli Ana Metaller ve Diğer Demirli Olmayan Metaller”, 275 numaralı “Metal Döküm Hizmetleri” sütunundaki sayılardan ilgisine göre uygun olan birini veya birkaçını,

Y_o, Y_n: Katı ve sıvı yakıtlar için, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık yayımlanan 2003=100 Temel Yıllı Üretici Fiyatları Alt Sektörlere Göre Endeks Sonuçları Tablosunun 23 numaralı “Kok Kömürü ve Rafine Edilmiş Petrol Ürünleri”, 231 numaralı “Kok Fırını Ürünleri”, 232 numaralı “Rafine Edilmiş Petrol Ürünleri” sütunundaki sayılardan ilgisine göre uygun olan birini veya birkaçını,

K_o, K_n: Ağaç ve mantar ürünleri için, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık yayımlanan 2003=100 Temel Yıllı Üretici Fiyatları Alt Sektörlere Göre Endeks Sonuçları Tablosunun 20 numaralı “Ağaç ve Mantar Ürünleri (Mobilya Hariç); Hasır ve Örgü Malzemelerinden Yapılan Eşyalar”, 201 numaralı “Kereste - Biçilmiş, Planyalanmış veya Emprenye Edilmiş”, 202 numaralı “Ahşap Plaka; Kontrplak, Yonga Levha, Sunta, Diğer Pano ve Tahtalar” sütunundaki sayılardan ilgisine göre uygun olan birini veya birkaçını,

G_o, G_n: İhale konusu yapım işi kapsamında yer alan diğer malzemeler için fiyat farkı hesabına esas sayı veya sayıları,

M_o, M_n: Makine ve ekipmana ait amortisman için, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık yayımlanan 2003=100 Temel Yıllı Üretici Fiyatları Alt Sektörlere

Göre Endeks Sonuçları Tablosunun 29 numaralı “Makine ve Teçhizat b.y.s.”, 291 numaralı “Uçak, Motorlu Taşıt ve Motosiklet Motorları Hariç Olmak Üzere Mekanik Güç Kullanımı ve Üretimi İçin Makineler”, 292 numaralı “Diğer Genel Amaçlı Makineler”, 293 numaralı “Tarım ve Ormancılık Makineleri”, 295 numaralı “Diğer Özel Amaçlı Makineler” sütunundaki sayılardan ilgisine göre uygun olan birini veya birkaçını, ifade eder.

Kararnameye göre fiyat farkı hesabında; 2003=100 Temel Yıllı Üretici Fiyatları Endeksi (ÜFE) ve Tüketici Fiyatları Endekslerinin (TÜFE) kullanılması gerekmektedir. Ancak 2014 yılı başından itibaren ÜFE endeksleri yayımlanmamaktadır. Kararnamenin 8’inci maddesinde yer alan “Endekslerden birinin veya birkaçının sözleşmenin uygulanması sırasında Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından değiştirilmesi halinde, değiştirilen endekse eşdeğer yeni bir endeks belirlenir ise bu endeks; yeni bir endeks belirlenmez ise, TÜİK tarafından aylık yayımlanan 2003=100 Temel Yıllı Üretici Fiyatları Alt Sektörlere Göre Endeks Sonuçları Tablosunun “ÜFE Genel” sütunundaki sayı, esas alınarak fiyat farkı hesaplanır.” hükmü gereğince; 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanun’unun 26.02.2014 tarihinde eklenen fıkra ile Üretici Fiyat Endekslerine (ÜFE) yapılan atıflar Yurt İçi Üretici Fiyatı Endeksine (Yİ-ÜFE) yapılmış sayılır.

İhale dokümanında gösterilen sabit katsayılar, sözleşmenin uygulanması sırasında hiçbir gerekçe ile değiştirilemez.

İşin nitelik ve kapsamına göre imalatta kullanılacak malzemelerin niteliği ile iş programına göre malzemenin kullanılacağı safha dikkate alınarak, fiyat farkı hesabına esas b1, b2, b3, b4 ve b5 değerleri için imalatın farklı aşamalarında uygulanmak üzere farklı endeksler belirlenebileceği gibi, bu değerlerin her biri için yukarıda sayılanlar arasından aynı anda birden fazla endeks de belirlenebilir. Ağırlık oranını gösteren sabit katsayılarından biri, birkaçı veya tamamı kullanılarak, yapım işinin farklı bölümleri/aşamaları için toplamları bire (1.00) eşit olacak şekilde farklı fiyat farkı katsayıları belirlenebilir. Ancak bahse konu endekslerin ağırlığının nasıl hesaplanacağı ve sabit katsayılarla nasıl yansıtılacağı hususunda bir düzenleme mevcut değildir.

İdare tarafından, işin niteliğine ve işte kullanılan girdilere uygun biçimde a, b1, b2, b3, b4, b5 ve c için toplamı bire (1.00) eşit olacak şekilde katsayılar belirlenerek ihale dokümanında gösterilir. Ancak sabit katsayıların hangi yöntem ve esaslar doğrultusunda belirleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

İdare tarafından ihale dokümanında fiyat farkı verileceği öngörülmesine rağmen sabit katsayılar ile endekslerin belirlenmediği durumlarda, temel endeks ve güncel endeks olarak Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık yayımlanan 2003=100 Temel Yıllı Üretici Fiyatları Alt Sektörlere Göre Endeks Sonuçları Tablosunun “ÜFE Genel” sütunundaki sayı esas alınarak fiyat farkı hesaplanır.

Kararnamenin 12’nci maddesi gereğince “Bu Esaslara tabi işlerde uygulanmak üzere işlerin niteliğine göre uygulanacak girdi oranlarını belirlemeye Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı ile Orman ve Su İşleri Bakanlığının teklifi üzerine Kamu İhale Kurumu yetkilidir. Kurum tarafından belirleme yapılması halinde idareler 5’inci maddedeki formülde kullanılmak üzere Kurum tarafından belirlenen katsayı oranlarını kullanırlar.” Sistemin sorunsuz biçimde işleyebilmesi için girdi oranlarının yanısıra bu girdilerin hangi endeks grubuna ait olduğunun da tespit edilmesi gerekmektedir.

Söz konusu yapım işinde idarenin sebebiyet verdiği gecikmeden dolayı (... Belediyesi tarafından inşaatın durdurulması) 123 gün süre uzatımı verilmiştir. Verilen bu süre uzatımı nedeniyle sözleşmenin belirtilen hükmü gereğince yükleniciye fiyat farkı verilmiştir. Ancak hakediş eki fiyat farkı hesap cetvelinde temel endeks olarak ihale tarihinin içinde bulunduğu aydan bir önceki aya ait indeks, güncel endeks olarak ise hakedişin düzenlendiği tarihin içinde bulunduğu aydan bir önceki aya ait indeks esas alındığı tespit edilmiştir. Oysaki yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri gereğince yükleniciye ödenecek fiyat farkının hesabında temel endeks olarak, sözleşme uyarınca iş bitim tarihi 25.02.2009 olduğundan, Şubat 2009 ayına ait indeks; güncel endeks olarak ise, hakediş düzenleme tarihinin içinde bulunduğu aya ait indeks esas alınması gerekmektedir. ... ¹³³

¹³³ Sayıştay Temyiz Kurulunun 22.04.2014 tarihli ve 38869 sayılı kararı

... işinde fiyat farkı uygulamasında güncel indeksin hatalı alınması sonucu oluşan ... TL kamu zararına sebep olduğu gerekçesiyle tazmin hükmü verilmiştir. Sayıştay 1'inci Daire Başkanlığının 01.10.2013 tarih ve 10265 nolu kararında ... işinde işin bitirilme tarihi 23.03.2012 tarihine kadar yapılan imalatları kapsayan 10 ve kesin nolu hakediş raporunda güncel indeksin Şubat 2012 ayı alınması gerekirken Mart 2012 ayı alınması neticesinde fiyat farkının hatalı hesaplanması sonucu kamu zararı olduğu...¹³⁴

... işine ait hakediş ödemelerinde; fiyat farkına esas a2, b1 ve d sabit katsayılarının hatalı tespit edilmesi sonucunda kamu zararı meydana geldiği gerekçesiyleTL.'ye tazmin hükmü temyizden kaldırılmıştır....Bütün bunların yanında sözleşme hükümlerinin sonradan değiştirilemeyeceği Sayıştay Temyiz Kurulunun yerleşmiş kararlarından olduğunu, tarafların (idare ve yüklenici) hangisinin lehine veya aleyhine olursa olsun ne adli yargıda ne de idari veya mali yargıda bu oranların değiştirilmesi talep edilemez. Çünkü ihalede rekabet bu oranlar üzerinden gerçekleşmiştir. Sözleşmenin imzalanması ile taraflar bu oranlar için hiçbir itirazda bulunmayacakları hususunda da anlaşmış bulunduğunu, Diğer taraftan Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 7. maddesindeki hüküm ilamda yanlış yorumlandığını, Esaslarda bu oranların, ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle belirleneceğini... bu oranlarla, ihale konusu hizmetteki oranının bire bir aynı olması gerektiği öngörülmediğini, eğer kanun koyucu bu oranların, ihale konusu hizmetteki oranının bire bir aynı olması gerektiğini ifade etmek isteseydi, "ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle" ifadesini değil, "ihale konusu hizmetteki oranında belirlenir" şeklinde kesin ve net bir ifade kullanacağını...Kanun koyucu "ihale konusu hizmetteki oranı dikkate alınmak suretiyle" ifadesiyle idarelere oranların belirlenmesinde bir yetki vermiş ve sözleşmenin uygulaması sırasında da hiçbir gerekçe ile bu oranların değiştirilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Oranlar belirlenirken ihale konusu hizmetteki oranların dikkate alınması her iki taraf için de hakkaniyete uygun bir fiyat farkı hesaplanması içindir. Bu nedenle belirlenmiş olan bu oranların her iki taraf içinde hakkaniyete uygun olmayabileceği iddia edilebilir, ancak hukuka (şekil ve usul açısından) uygun olmadığı söylenemeyeceği...¹³⁵

...Ancak, taraflar arasındaki sözleşmede açıkça davacıya fiyat farkı verileceği düzenlenmiş olup davacı tarafça da davalıya taşıma hizmetinin verildiği çekişmesiz olduğuna göre yukarıda belirtilen katsayıların taraflar arasındaki sözleşmede gösterilmemiş olmasına dayanarak fiyat farkının davalı tarafça

¹³⁴ Sayıştay Temyiz Kurulunun 30.06.2015 tarihli ve 40736 sayılı kararı

¹³⁵ Sayıştay Temyiz Kurulunun 16.12.2014 tarihli ve 39784 sayılı kararı

ödenmemesi MK'nun 2. maddesi ile bağdaşmamaktadır. Bu itibarla mahkemece, taraf delilleri toplanarak yeni bir bilirkişi heyetinden somut olayın özelliğine göre davacının isteyebileceği fiyat farkı hususunda rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir.¹³⁶

5.10.3. Uygulama esasları

Kararnamenin 6.2'nci maddesinde; "Fiyat farkı uygulanan işlerde, zorunlu nedenler dışında, hakedişlerin uygulama ayından sonraki ayın ilk beş iş günü içerisinde ve uygulama ayına ait endeksler belli olduktan sonra düzenlenmesi esastır. Uygulama ayına ait endeksler belli olmadan hakedişin düzenlendiği hallerde, fiyat farkı hesabı hakedişle birlikte yapılmaz, uygulama ayına ait endeksler belli olduktan sonra ayrıca hesaplanır." hükmü yer almaktadır. Paralel olarak; YİĞŞ'nin 39.4.a maddesinde "Geçici hakediş raporları yüklenicinin başvurusu üzerine sözleşme veya eklerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça her ayın ilk beş işgünü içinde düzenlenir." hükmü bulunmaktadır. Endeksler, TÜİK tarafından her ayın 3'üncü günü açıklanır.

Kararnamenin 6.3'üncü maddesinde "Bu Esasların uygulanması sonucu ilave olarak ödenecek ya da kesilecek tutarlar fiyat farkı olup, yüklenici ile idare arasında imzalanan sözleşme bedelini değiştirmez." ifadesi yer almaktadır. Buna göre; "fiyat farkı iş artışından farklı olarak sözleşme bedeline artış ya da azalış olarak etki etmeyeceği için iş artışı veya azalışı hesabında, iş programında yer alan aylık ve yıllık ödenek dilimlerinin gerçekleşmesinin takibinde fiyat farkı dikkate alınmamalı, iş deneyim belgelerinde belge tutarına eklenmemelidir" (İhale Uygulamaları Yönetmeliği madde 46). Ayrıca, günlük gecikme cezası sözleşme bedeline göre hesaplandığından, sözleşme bedeline fiyat farkı dâhil edilmemelidir.

Sözleşme bedelinin değişmemesi damga vergisi açısından da önemlidir. Sözleşme bedeli değişmediğinden dolayı sözleşme damga vergisi kesilmesi gerekli değildir. Ancak fiyat farkı ödeme veya kesintisi

¹³⁶ Yargıtay 11. HD, T:03.07.2012, E:4622, K:11732

ödeme tutarını etkilediğinden dolayı ödeme damga vergisini etkilemektedir.

4735 sayılı KİSK'in "Ek Kesin Teminat" başlıklı 12'nci maddesine göre, "Fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının %6'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınır. Fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminat hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir."

Bu düzenlemelere göre fiyat farkı ödenecek ihalelerde, fiyat farkı olarak ödenen bedel üzerinden %6 oranında ek kesin teminat alınacaktır. Fiyat farkı ödenecek bedel üzerinden ek kesin teminat alınması öngörüldüğünden dolayı, fiyat farkı kesintilerinde teminat iadesi söz konusu olmayacaktır (Gündüz ve Koçtepe, 2016).

Kararnamenin 6.6.'nci maddesinde "Avans ödenen işlerde, hakedişten mahsup edilen avans tutarı, formüldeki (A_n) tutarından düşüldükten sonra fiyat farkı hesaplanır. Fiyat farkı katsayısının (P_n) birden küçük olması halinde, (A_n) tutarından avans miktarı düşülmez." hükmü yer almaktadır. Tip sözleşmenin 13.9.1 dipnotunda "Avans mashup oranı, avans verilme oranının %50 fazlasıdır." 13.9.1.2 dipnotuyla "Avanslar, avans verildiği tarihten itibaren her bir hakedişin sözleşme bedeline ait tutarına, avans masup oranı uygulanarak hakedişten kesinti yapılmak suretiyle mahsup edilir." Bir örnekle açıklamak gerekirse; yükleniciye sözleşme bedelinin %10'u oranında avans verilecekse, avans mashup oranı %15 olur. 200.000 TL ihale bedelli bir işte 30.000-TL düşülerek 170.000-TL'lik fiyata fiyat farkı uygulanır.

Kararnamenin 6.7'nci maddesi gereğince; "Karma sözleşmelerde, işin anahtar teslimi götürü bedel ve birim fiyatlı bölümleri için ayrı ayrı fiyat farkı hesaplanır."

Kararnamenin 6.8'inci maddesi gereğince; "Sözleşmede birim fiyatı bulunmayan ve YİĞŞ'ne göre sözleşme yılı fiyatı tespit edilemeyen iş kalemi için yeni birim fiyat yapılması halinde, bu fiyat, uygulama ayının rayiçlerine ve şartlarına göre tespit edilir. Belirlenen bu yeni birim fiyat, uygulama ayı fiyat farkı

katsayısına (P_n) bölünerek iş kaleminin sözleşme yılı birim fiyatı tespit edilir ve fiyat farkı hesabı bu fiyat esas alınarak yapılır.”

Kararnamede uygulama ayı rayiçlerine göre tespit edilen yeni birim fiyatın P_n katsayısına bölünmesiyle sözleşme yılı birim fiyatının tespit edileceği ifade edilmekle birlikte P_n katsayısına bölme işlemi yeni birim fiyatı sözleşme değil, ihale teklif tarihine indirger. Ayrıca “sözleşme yılı birim fiyatı” ifadesi yıllık fiyat diye bir kavram olmadığından –olsaydı o yıl için hiç fiyat farkı hesaplanmaması gerekirdi- teknik olarak hatalıdır (Gündüz ve Koçtepe, 2016). Bu düzenleme; uygulama ayına ait rayiçler kullanılarak tespit edilen yeni birim fiyatları ihale tarihindeki fiyata indirgeyerek mükerrer ödemelerin önüne geçme amacını taşımaktadır. Çünkü; tespit edilen yeni iş kalemi fiyatı, hakediş tutarına A_n dâhil edilerek fiyat farkı hesaplanmaktadır.

Ancak; Çeçe'nin (2015) yeni birim fiyatın P_n katsayısına bölüneceği hükmüne yönelik itirazı ve çözüm önerisi şu şekildedir:

Yeni iş kaleminin sözleşme yılı birim fiyatı tespit edildikten sonra bu iş kalemi için ödenen tutar fiyat farkı formülünde hakediş tutarını temsil eden A_n içerisinde yer alacak ve formüle göre fiyat farkı hesaplanacaktır. Ancak fiyat formülündeki 0,90 katsayısı nedeniyle, yeni birim fiyatı yapılan iş kalemine gerçek bedelinden daha düşük bir bedel ödenmektedir. ...Zaten bu uygulamanın bir çarpık yanı da fiyat farkı verilen ve verilmeyen işler için farklı sonuçlar doğuruyor olmasıdır. Zira fiyat farkı verilmeyen işlerde uygulama ayı rayiçlerine göre tespit edilen yeni birim fiyatın P_n katsayısına bölünmesi söz konusu değildir. Bu sebeple, Kararnamenin 6.8'inci maddesindeki uygulama ayı rayiçlerine göre tespit edilen yeni birim fiyatın P_n katsayısına bölüneceği hükmü, söz konusu fiyatın aşağıdaki formüle göre hesaplanan katsayıya bölüneceği şeklinde değiştirilmelidir.

$$(1+ (0,90 \times (P_n-1)))$$

Örnek:

Uygulama ayı rayiçlerine göre (ticaret ve sanayi idasınca onaylanmış faturalı fiyat) tespit edilen yeni birim fiyat:100

Güncel İndeks:233,98

Temel İndeks: 206,91

Formüle göre katsayı: $(1+(0,90 \times (233,98/206,91))-1)=1,117746$

Tespit edilecek yeni birim fiyat: $100/1,117746=89,47$

Hesaplanan 89,47-TL fiyata örnekteki indeksler üzerinden fiyat farkı hesaplandığında bu iş kalemi için yükleniciye ödenecek tutar yine 100-TL olacaktır. Çeçe'ye (2015) göre, fiyat farkı verilen yapım işlerinde uygulama ayı rayiçlerine göre yeni birim fiyat tespiti yüklenici aleyhine sonuç doğurmakta olduğundan Fiyat Farkı Kararnamesi'nin değişmesi gerekmektedir .

Kararnamenin 6.9'uncu maddesi gereğince; "Birim fiyat üzerinden sözleşmeye bağlanan işlerde, herhangi bir imalat için yapılan ara veya kesin metraj sonucu bir imalatın miktarında artma ya da azalma tespit edildiği takdirde, artan ya da azalan miktar (imalat hangi ayda yapılmış olursa olsun) geçici kabul itibar tarihini geçmemek üzere, artış ya da azalışın kesinleştiği ayın fiyat farkı katsayısı P_n esas alınarak fiyat farkı hesaplanır."

Kararnamenin 6.10'uncu maddesinde "Sözleşme süresi bitmiş ve idarenin izni ile cezalı çalışılan işlerde, fiyat farkı hesaplanırken süre bitim tarihinde uygulanmakta olan P_n değeri ile cezalı çalışılan süredeki P_n değerinden düşük olanı esas alınır." hükmü bulunmaktadır. Bu kıyaslama idareden kaynaklanmayan nedenlerle işi zamanında bitirememiş yüklenicinin fiyat farkı uygulamasını kendi yararı doğrultusunda kullanmasının önüne geçerek işin süresinde bitirilmesine yönelik katkıda bulunmaktadır.

Kararnamenin 6.11'inci maddesi gereğince; "Anahtar teslimi götürü bedel işlerde hakedişlerden kesilerek tutulan kısım ile birim fiyatlı işlerde tamamlanmakla birlikte kesin hesabı idareye verilmemiş işlerde hakedişe dâhil edilmeyen kısım için, ilgili hakedişin fiyat farkının hesaplanmasında, bu kısımlara ilişkin tutarlar da dikkate alınır." Bu hüküm gereğince; hakedişlerden yapılan kesintiler A_n tutarından düşülmeyecektir.

Tip sözleşmede yer alan dipnot gereği, bu tutarlar için teminat alınmamış olması halinde, anahtar teslim götürü bedel işlerde geçici kabul noksanları için düzenlenen her hakedişte yapılan iş tutarının %3'ü; birim fiyatlı işlerde ise, kesin hesabı idareye verilmemiş imalatlara ait tutarların

%5'i tutulmaktadır. Dipnotta ayrıca anahtar teslim götürü bedel işler için "Fiyat farkı ödenen işlerde bu tutar, sözleşme tarihinden itibaren endeks üzerinden güncelleştirmek suretiyle kesilir." düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca anahtar teslim götürü bedelli işlerde geçici kabul noksanları için tutulan %3'lük kısmın "endeks" üzerinden güncellenmesi gerekmektedir. Endeksten ne anlaşılması gerektiği belli olmamakla birlikte genel endekse dayalı fiyat farkı hesaplanan işler açısından bu durum bir belirsizlik oluşturmamaktadır. Zira bu tür işlerde ÜFE genel endeksi kullanılacaktır. Ancak, ihale dokümanında katsayılara dayalı fiyat farkı ödenmesi öngörülmüş, dolayısıyla katsayılar ve endeksler belirlenmişse hangi endeks üzerinden güncelleştirme yapılması gerektiği tereddüt konusu olacaktır. Sonuç olarak; katsayılara dayalı fiyat farkı ödenen işlerde geçici kabul noksanları için tutulan %3 lük kısmın güncellenmesi, hakedişteki P_n hesabında temel endeks olarak ihale tarihinin içinde bulunduğu aya ait endeksler yerine sözleşme tarihinin içinde bulunduğu aya ait endeksler esas alınmak suretiyle bulunan katsayı üzerinden yapılmalıdır (Gündüz ve Koçtepe, 2016).

Kararnamenin 6.12'nci maddesinde "Akaryakıt girdisinin nev'ine uygulanan Özel Tüketim Vergisinde (ÖTV) değişiklik gerçekleşmesi halinde, bu değişikliğin bayi satış fiyatlarında yol açtığı artış veya azalış dikkate alınarak, b3 katsayısının hesaplanmasına esas alınan miktarın uygulama ayına karşılık gelen kısmı için bu vergide birim başına meydana gelen değişiklik miktarı, 5'inci maddeye göre yapılan fiyat farkı hesabından bağımsız olarak ayrıca ödenir veya kesilir." hükmü bulunmaktadır. Ancak uygulamanın nasıl yapılacağı açık değildir. Kamu İhale Kurumu, uygulamadaki belirsizliği gidermek adına 06.05.2015 tarih ve 2015/DK.D-86 nolu kararında ÖTV değişikliğinden ve bu değişikliğin bayi satış fiyatlarında artış veya azalış meydana getirmesi durumunda kaynaklı hesaplanacak fiyat farkının usul ve esasları belirlemiştir.

Fiyat Farkı Kararnamesinin yürürlüğü tarihinden sonra düzenlenen ara hakedişlere de, ... tarihli kesin hakedişe de yüklenici davacı itirazda

bulunmamıştır. O halde, kesinleşen kesin hesaplar ve buna dayalı düzenlenen kesinleşmiş kesin hakediş raporu gözetilerek davanın reddi gerekir.¹³⁷

Fiyat Farkı Kararnamesinin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki hakedişlerin ihtirazi kayıt ileri sürülmeden imzalanması halinde bu hakedişlerle ilgili talep hakkının düştüğü...¹³⁸

Ancak bina inşaatına ait hakedişlerdeki fiyat farkında, hakedişlerdeki ilerleme yüzdesinin sözleşme bedeli ile çarpılması sonucu bulunan tutarın esas alınması gerekirken sadece ödenek diliminin esas alındığı görülmüştür. Bu gerekçelerle, fiyat farkı uygulamalarında kararname hükümlerine uyulmaması sonucu fazla ödenen tutarın sorumlulara ödettirilmesine...¹³⁹

İhaleden önce tespit edilen malzeme ocakları mesafesi ve nakliye bedellerinin geçerli bir sebep olmak kaydıyla değiştirilmesi işe ait Stabilize Nakli ve Figüresi Özel Şartnamesinin 16'ncı maddesi gereğince mümkün olmakla birlikte, taşıma mesafesinin değişmesi nedeniyle (A) katsayısının değiştirilmesi mümkün değildir.¹⁴⁰ (İç İşleri Bakanlığı, 2017).

5.10.4. İş programına uygunluk

Kararnamenin 7.1'inci maddesinde yer alan "Sözleşme imzalandıktan sonra iş kalemlerinin, aylık imalatın, ihzaratın ve yıllık ödenekler ile bunların aylara dağılımını gösteren ayrıntılı bir iş programı hazırlanarak idarenin onayına sunulur." hükmü ile paralel olarak YİĞŞ'nin 17.1'inci maddesinde "Yüklenici, sözleşme veya eklerinde belirlenen süre içinde, idarece verilen örneklere uygun bir iş programını hazırlayarak, onaylanmak üzere idareye teslim edecektir." maddesi yer almaktadır.

Kararnamede uygulama ayı; iş programına uygun olarak işlerin gerçekleştirilmesi gereken ayı, güncel endeks; uygulama ayına ait endeks şeklinde ifade edildiğinden ödenecek fiyat farkı tutarının hesaplanmasında iş programına uygunluk önem arz etmektedir. İş programına uygunluk, hem işin planlanan sürede bitirilmesine yardımcı olmak hem de

¹³⁷ Yargıtay 15. HD, T: 28.01.2008, E:371, K:471

¹³⁸ Yargıtay 15. HD, T: 02.10.2009, E:2623, K:5015

¹³⁹ Sayıştay 3. Dairesinin 24.01.2008 tarihli ve 83 sayılı kararı

¹⁴⁰ Sayıştay Temyiz Kurulunun 27.09.2005 tarihli ve 28086 sayılı kararı

yüklenicinin kendi hatasından kaynaklı gecikmesini faydaya çevirmesini engellemek amacını taşımaktadır.

Kararnamenin 7.3'üncü maddesi gereğince; "Havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmadığı dönemde, idarenin izniyle yüklenici tarafından teknik şartlar yerine getirilerek işe devam edilmesi veya yüklenicinin iş programında öngörülenden daha fazla imalat yapması halinde, imalatın fiilen yapıldığı ay esas alınarak, bu dönemde gerçekleştirilen işler için fiyat farkı hesaplanır."

YİĞŞ'nin 17.7'inci maddesi gereğince; "İşte idarece onaylanan bir süre uzatımı bulunduğu takdirde, yüklenici bu hususun kendisine tebliği tarihinden başlamak üzere yedi gün içinde yeni süreye göre revize iş programı düzenleyerek idarenin onayına sunmak zorundadır."

Kararnamenin 7.4'üncü maddesi gereğince; "4735 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinde belirtilen mücbir sebep hallerinin gerçekleşmesi veya sözleşmenin ifasının idareden kaynaklanan nedenlerle gecikmesi nedeniyle yükleniciye süre uzatımı verilmiş olması halinde, gerçekleştirilmesi gereken aya göre iş kalemleri ya da iş grupları için uzatılan süre içinde ve bu süreye göre revize edilen iş programına uygun olarak fiyat farkı hesaplanır. Bu kapsamda revize edilen iş programına yüklenicinin kusuru nedeniyle uyulmadığı takdirde ikinci fıkraya göre işlem yapılır."

Kararnamenin 7.5'inci maddesi gereğince; "İdarenin talebi olmaksızın yüklenici iş programına nazaran daha fazla iş yaparsa, işin fiilen yapıldığı ay esas alınarak fiyat farkı hesaplanır."

1314 sayılı ilamın 9'uncu maddesi ile ... İnş. Turz. San.ve Tic. A.Ş. - ... Müh. - ortak girişimi taahhüdünde bulunan "...YTL ihale bedelli ... İnşaatı İşİ"nde 12.03.2008 tarih ve 14 Nolu hakediş raporu ile ödenen fiyat farkının (iş programına uyulmamasından dolayı) hatalı hesaplandığı gerekçesiyle 2.986,00 YTL'nin tazminine ilişkin hüküm tesis edilmiştir. Uygulamada ise mevzuat hükümlerine aykırı olarak iş programına uygun hakediş düzenlenmemiş, fiyat farkları da fiili hakediş tarihleri esas alınarak hesaplanmıştır. Ayrıca dilekçiler dilekçelerinde, işin tip sözleşmesinde Ocak ve Şubat aylarının çalışılmayan dönem olması nedeniyle fiyat farkı hesabında bu durumun dikkate alındığını dolayısıyla kamu zararının söz konusu olmadığını beyan etmişlerse de; adı geçen işe ait iş programında çalışılmayan dönem olsa da Ocak ve Şubat aylarında fiilen çalışmaya ara verilmediği anlaşıldığından bu yöndeki savunmaların kabulü

mümkün değildir. Öte yandan ilamdaki gibi imalâtın yapıldığı ayları bulmak için birden fazla ayı kapsayan hakedişlerde enterpolasyon yönteminin uygulanmış olması da sorumlular tarafından hangi imalatın hangi aylarda (günlerde) yapıldığına ilişkin şantiye defterlerinin tutulmamış ve denetim sırasında denetim ekibine sunulmamış olması karşısında mevzuata aykırılık teşkil etmemektedir. ¹⁴¹

.... idareden kaynaklanan nedenlerle imalatların iş programında uygun olarak yapılamaması sonucu hakedişler de iş programına uygun olarak düzenlenememiştir. İş programına dayalı olarak hesaplanamayan fiyat farkının fiili hakediş düzenleme tarihine göre hesaplanmasında ve ödenmesinde mevzuata aykırı bir husus yoktur. ¹⁴²

Yukarıda anlattığımız hususları örnekle özetlemek gerekirse;

İhale tarihi : 15.02.2015

Sözleşme bedeli: 1.200.000,00 TL

İşin süresi: 260 Takvim Günü

Yer teslim tarihi: 05.04.2015

İş bitim tarihi: 20.12.2015

Temel Endeks: İhale tarihinin içinde bulunduğu ay (Şubat 2015 ayı endeksi)

Uygulama Ayı: İş programına uygun olarak işlerin gerçekleştirilmesi gereken ay

Güncel Endeks: Uygulama ayına ait endeks

¹⁴¹ Sayıştay 7'nci Dairesinin 12.03.2013 tarihli ve 36698 sayılı kararı

¹⁴² Sayıştay Temyiz Kurulunun 09.05.2006 tarihli ve 28712 sayılı kararı
<https://www.icisleri.gov.tr/sayistay-kararlari>, erişim tarihi: 22.06.2017

Çizelge 5.4 Örnek Hakediş-Endeks Tablosu

No	Hakediş Tarihi	İş Programına göre Aylık Ödenek Dilimi		Hakediş Tutarı	Kullanılacak Endeksler (Güncel Endeks/Temel Endeks)	
		Ay	Tutar		Güncel Endeks	Temel Endeks
1	15.05.2015	Nisan	100.000,00	70.000,00	70.000,00	Nisan/Şubat
2	5.06.2015	Mayıs	150.000,00	150.000,00	30.000,00	Nisan/Şubat
					120.000,00	Mayıs /Şubat
3	5.07.2015	Haziran	150.000,00	160.000,00	30.000,00	Mayıs /Şubat
					130.000,00	Haziran/Şubat
4	5.08.2015	Temmuz	200.000,00	230.000,00	30.000,00	Temmuz/Şubat
					200.000,00	Temmuz/Şubat
5	5.09.2015	Ağustos	150.000,00	160.000,00	160.000,00	Ağustos/Şubat
6	5.10.2015	Eylül	50.000,00	40.000,00	40.000,00	Eylül/Şubat
7	5.12.2015	Ekim	100.000,00	250.000,00	127.049,18	Ekim /Şubat
		Kasım	100.000,00		122.950,82	Kasım/Şubat
8	20.12.2015	Aralık	200.000,00	60.000,00	60.000,00	Aralık /Şubat
9	5.02.2015	Şubat		90.000,00	90.000,00	

Çizelge 5.4’de örneğimiz sözleşmesinde ve idari şartnamesinde katsayı ve endeks belirlenmemiş anahtar teslim götürü bedel bir iş içindir. 1 numaralı ve ara hakedişte iş programına göre nisan ayında harcanması gereken 100.000,00-TL’den 70.000,00-TL’si harcanabilmiştir. 70.000,00-TL’si 30.000,00-TL’lik kısmı 2 numaralı ve ara hakedişte harcanabilmiştir. 70.000,00-TL’lik kısım için nisan ayı endeksi kullanılırken kalan 30.000,00-TL’lik kısmı Kararnamenin 7.2 maddesinde “Herhangi bir aya ait iş programına yüklenicinin kusuru nedeniyle uyulmadığı takdirde, daha sonraki aylarda yapılacak imalatlarda, imalat miktarı iş programına uygun hale gelinceye kadar, fiyat farkı hesaplanırken, iş programına göre gerçekleştirilmesi gereken ayın endeksi ile işin fiilen gerçekleştirildiği ayın endeksinden düşük olanı esas alınır.” hükmü gereğince nisan ve mayıs

aylarının endeksleri karşılaştırılmış ve düşük olan nisan ayı endeksi kullanılmıştır. Aynı şekilde 2 numaralı ve ara hakedişte iş programına göre mayıs ayı içerisinde harcanması gerekli 150.000,00-TL'lik kısmın 120.000,00-TL'lik kısmı harcanabilmiş ve iş programı yakalanmıştır. 120.000,00-TL'lik kısım için mayıs ayı endeksi kullanılması gereklidir. Ancak 30.000,00-TL'lik kısmı için Kararnamenin 7.2'nci maddesi gereğince mayıs ve haziran ayı endeksleri karşılaştırılarak düşük olan mayıs endeksi kullanılır.¹⁴³

5.10.5. Fiyat farkı hesaplanması öngörülme yen işlerde süre uzatımı verilmesi halinde fiyat farkı uygulaması

Kararnamenin 9.1'inci maddesinde; (1) "İdari şartname ve sözleşmesinde fiyat farkı verilmesi öngörülme yen işlerde, 4735 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinde belirtilen mücbir sebepler ya da idareden kaynaklanan nedenlerle işin bitim tarihinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması halinde, uzatılan süre içinde ve bu süreye göre revize edilen iş programına uygun olarak yapılan iş kalemleri ya da iş grupları için, bu madde hükmüne işin idari şartname ve sözleşmesinde yer verilmiş olması şartıyla bu Esaslara göre fiyat farkı hesaplanır." hükmü yer almaktadır.

İş artışı nedeniyle verilen süre uzatımına tekabül eden kısımda yapılan imalat için revize edilen iş programına uygun olarak yapılan iş kalemleri ya da iş grupları için, fiyat farkı verilmesine ilişkin esasların 12'nci maddesi hükümlerine göre fiyat farkı verilebileceğine...¹⁴⁴

... İşinde; yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın, yer tesliminin geç yapılması sebebiyle yapılamayan iş miktarı için işin süresinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması halinde, ... fiyat farkı verilebileceğine, karar verilmiştir.¹⁴⁵

Yer teslimini müteakip, yüklenicinin idareden kaynaklanan nedenlerden dolayı 06.08.2013 tarihine kadar çalışma imkânının bulunmadığı dikkate alınarak 06.06.2013 06.08.2013 tarihleri arasına tekabül eden süre için idarenizce gerekli

¹⁴³ Yİ Üretici Fiyat Endeksi: Nisan:245,42 Mayıs:248,15 Haziran:248,78 Temmuz:247,99 Ağustos:250,43 Eylül:254,25 Ekim:253,74 Kasım:250,13 Aralık:249,31 Ocak:250,67 Şubat:250,16

¹⁴⁴ YFK'nın 12.02.2015 tarihli ve 2015/08 sayılı kararı

¹⁴⁵ YFK'nın 11.07.2012 tarihli ve 2012/43 sayılı kararı

süre uzatımının verilerek revize iş programının hazırlanması ve idarenizce onaylanması gerekli olmaktadır. Uzatılan süre içinde ve bu süreye göre revize edilen iş programına uygun olarak yapılan iş kalemlerine 24.12.2002 tarih ve 2002/5039 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki esasların 12'nci maddesinde öngörülen esaslar doğrultusunda fiyat farkı ödenmesinin mümkün bulunduğu değerlendirilmektedir.¹⁴⁶

Kararnamenin 9.2'nci maddesinde "Fiyat farkı hesabında temel endeks, iş bitim tarihinin içinde bulunduğu aya ait endeksi; güncel endeks ise, revize iş programına göre işin gerçekleştirilmesi gereken aya ait endeksi ifade eder. Temel endeks ve güncel endeks olarak Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık yayımlanan 2003=100 Temel Yıllı Üretici Fiyatları Alt Sektörlere Göre Endeks Sonuçları Tablosunun "ÜFE Genel" sütunundaki sayı esas alınarak fiyat farkı hesaplanır." hükümleri yer almaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Yapım İşlerine İlişkin Fiyat Farkı Hesabına Uygulanacak Esaslar'ın 5'inci maddesinde Güncel İndeks "hakedişin düzenlendiği tarihin içinde bulunduğu aydan bir önceki aya ait indeks" şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle 28.06.2005 tarihinde 8 nolu hakedişe ait güncel endekslerin Mayıs ayı yerine Haziran ayı olarak alınması sonucu fazla ödenen tutarın sorumlulara ödettilmesine...¹⁴⁷

...idare tarafından yapılması gereken,...imar planının hazırlanması, yapı ruhsatıyesinin alınması vb. işlemlerin zaman alması nedeniyle yapım işine devam edilemediği, bu işlemlerin 27.01.2012 tarihinde tamamlanabildiği ifade edilerek, bu gecikmeden dolayı yükleniciye verilen süre uzatımı nedeniyle fiyat farkı verilip verilmeyeceği hususunda görüşümüzün bildirilmesi talep edilmektedir...Söz konusu yapım işinde, yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın, idarenin kusurundan kaynaklanan nedenlerle işin bitim tarihinin süre uzatımı verilmek suretiyle ... fiyat farkı verilebileceğine...¹⁴⁸

28.11.2013 tarihi itibarıyla tip idari şartnamenin ve tip sözleşmenin dipnotunda yer alan "İdare, sözleşmenin yürütülmesi sırasında fiyat farkı hesaplanması öngörülüyor ise madde metnine "14.2 Fiyat farkı hesaplanmayacaktır" yazacaktır. Ancak, mücbir sebepler veya idareden kaynaklı nedenlerle işin bitim tarihinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması

¹⁴⁶ YFK'nın 20.03.2014 tarihli ve 428 sayılı kararı

¹⁴⁷ Sayıştay 3. Dairesinin 24.1.2008 tarihli ve 83 sayılı kararı

¹⁴⁸ YFK'nın 04.04.2012 tarihli ve 2012/16 sayılı kararı

halinde fiyat farkı hesaplanması öngörülecek ise yürürlükte bulunan fiyat farkına ilişkin esasların “fiyat farkı hesaplanması öngörülme yen işler” başlıklı maddesindeki hükümler dikkate alınarak bu maddede düzenleme yapılacaktır.” hükümleriyle birlikte; idarelere mücbir sebepler ya da idareden kaynaklı nedenler (Yer tesliminde gecikme, projelerin teslim ve onayında gecikme, ödenek yetersizliği, hakediş ödemelerinde gecikme, iş artışı...) ile süre uzatımı verilerek uzatılan süre nedeniyle fiyat farkı verilebilmesi için takdir hakkı verilmiştir. Özetle; idari şartname ve sözleşmelerde mücbir sebepler ya da idareden kaynaklı nedenler fiyat farkı verileceği yönünde hüküm bulunmaması halinde fiyat farkı verilmesi mümkün değildir.

Ancak; şartname ve sözleşmesine göre fiyat farkı verilmeyen işlerde istekli, teklifini işin sözleşmesinde yazılı bitim tarihini gözeterek, bu süre içerisinde meydana gelebilecek muhtemel fiyat artışlarını da karşılayacak biçimde oluşturur. Bir başka ifadeyle yüklenicinin üstlendiği fiyat artışı rizikosunu sözleşmede gösterilen iş bitim tarihiyle sınırlı bir süreyi kapsamına alır. Hal böyle olunca yükleniciden kendi kusurundan kaynaklanmayan gecikme dönemlerinde ortaya çıkacak fiyat artışlarına da katlanmasını beklemek adalet ve eşitlik ilkeleri ile ters düşer (Gök, 2013).

Yükleniciye süre uzatımı verilmesi durumunda verilen süreye uyumlu revize iş programı hazırlanmalı ve fiyat farkı bu revize iş programına göre hesaplanmalıdır. Diğer fiyat farkı uygulamalarında olduğu gibi revize edilen iş programına uygunluk koşulu aranacaktır.

4734 sayılı KİK’e göre ihale edilerek 22.02.2010 tarihinde birim fiyat sözleşmeye bağlanan “...Yapım İşi”ne ait sözleşmede fiyat farkı verilmesinin öngörülmediği ancak, mücbir sebepler veya ödenek konusu nedeniyle işin bitim tarihinin süre uzatımı verilerek İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Yapım İşlerine İlişkin Fiyat Farkı uzatılması halinde, 24.12.2002 tarih ve 5039 sayılı Bakanlar Kurulu kararı eki 4734 sayılı Kamu Hesabında Uygulanacak Esasların 12’nci maddesi uyarınca fiyat farkı ödenir hükmünün yer aldığı, fakat alınan süre uzatımı onayında, fiyat farkı verilmemesi şartı ile süre uzatımının verildiği ve yüklenicinin de buna itirazda bulunduğu dolayısıyla, bu durumda uzatılan süre içerisinde yapılacak imalatlara fiyat farkı verilip verilemeyeceği konusundaki görüşümüzün bildirilmesi talep edilmektedir.

Belirtilen hükümler birlikte dikkate alındığında;

a) Alınan süre uzatım kararında, fiyat farkı verilmemek şartının getirilmesi, sözleşmenin yukarıda belirtilen 14.2'nci ve 14.3'üncü maddelerine aykırı olmasının yanı sıra bu şartın sözleşmede değişiklik yapma mahiyeti taşıdığı, bu nedenle de sözleşmede değişiklik yapılabilecek şartları içeren sözleşmenin 24.1'nci maddesine de ayrıca uygun olmadığı,

b) Sözleşmede değişiklik yapma niteliğinde olan "Fiyat farkı verilmemek kaydıyla süre uzatımı verilmiştir." şartının yüklenici tarafından kabul edilmediğinin anlaşıldığı, hususları göz önünde bulundurulduğunda, fiyat farkı konusunda sözleşmenin 14.2'nci maddesi doğrultusunda uygulama yapılmasının gerekli olduğu değerlendirilmektedir. Konu, ön bölümlerde belirtildiği üzere incelenmiş ve değerlendirilmiş olup buna göre;.....fiyat farkı verilmesinin gerekli olduğuna...¹⁴⁹

Bir başka tereddütlü husus, yükleniciden kaynaklanmayan sebeplerle uzatımı verildiğine göre, uzatılan süre içinde (P_n) katsayısının 1 den düşük çıkması (fiyatların düşmesi) halinde yükleniciden fiyat farkı kesilip kesilmeyeceğidir. Zira yukarıda bahsedildiği şekilde düzenlemenin amacı yüklenicinin öngörebildiği süre dışında meydana gelen fiyat artışlarına karşı yükleniciyi korumaktır. O halde düzenlemenin ruhuna uygun olarak, mücbir sebepler ya da idareden kaynaklanan nedenlerle işin süresinin uzatılması halinde, bu durumun yüklenici aleyhine sonuç doğurmaması gerekir. Bununla birlikte düzenlemede, "fiyat farkı hesaplanır" denilmiş olduğundan, fiyatların düşmesi halinde fiyat farkı kesintisi yapılması gerektiği sonucu çıkmaktadır (Gündüz ve Koçtepe, 2016).

Kararnamede fiyat farkı hesaplanacağından söz edilmektedir. Dolayısıyla fiyatlardaki negatif seyir hallerinde, aynı formül dâhilinde hesaplama yapılarak gerekli kesinti işlemi gerçekleştirilmelidir (Gök, 2013).

Mücbir sebep veya süre uzatımından kaynaklanan nedenlerle işin süresinin uzaması halinde, yüklenici zaten bu sürelerle ilişkin bir takım

¹⁴⁹ YFK'nın 27.06.2012 tarihli ve 2012/42 sayılı kararı

sabit maliyetlere katlanmaktadır. Sözleşme ve eklerinde bu maliyetleri telafi edici herhangi bir mekanizma getirilmemişken, yükleniciden kaynaklanmayan sebeplerle işin bitim tarihinin ötelenmesi yüklenici aleyhine bir sonuç doğurması hak ve nısfet kurallarıyla bağdaşmaz.(Gündüz ve Koçtepe, 2016).

5.11. İhzarat Uygulaması

İhzarat; “Henüz imalata geçmeyen fakat inşaat bünyesinde kullanılabilir malzemenin yüklenici tarafından ilerde kullanılmak üzere usulüne uygun tarzda depo edilmesi” demektir. Sözleşme ve eki esaslarına uygun biçimde ihzar edilen malzemeler ihzarat olarak hakedişlere dâhil edilir ve bedeli yükleniciye ödenir (Gök, 2013).

YİĞŞ'nin 17'nci maddesi ve Tip Sözleşmeye göre ihzarat sadece teklif birim fiyatlı sözleşmelerde ödenebilecektir. Ayrıca 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esasların 8'inci maddesinde yer alan hükümler şöyledir: “(1) Birim fiyat üzerinden sözleşmeye bağlanan işler ile karma sözleşmelerde sözleşmenin birim fiyatlı kısmına ait işlerde kullanılan malzemelere ihzarat bedeli ödenebilir. Ancak, ihzarat bedeli ödenecek malzemelerin listesinin ve fiyatlarının ihale dokümanında gösterilmesi zorunludur. Bu malzemeler, iş programında yer alan iş kalemleri için ve o işlere yetecek miktarda ihzar edilir. İş programında öngörülen miktardan fazla ihzar edilmiş malzemelerin fazla kısmına ihzarat bedeli ödenmez.”

(2) Yukarıda belirtilen şartlara uygun olarak ihzar edilen malzemeler için fiyat farkı hesabı yapılır.

(3) Birim fiyatlı işlerde iş programına uygun olarak ihzar edilen malzeme için ihzaratın yapıldığı ay, uygulama ayı kabul edilerek fiyat farkı hesaplanır.”

Gök (2013), mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte ihzarat fiyatlarının işin yaklaşık maliyetini hazırlanmasında izlenen yöntem uygun biçimde belirlenmesi gerektiğini, ayrıca ihzarat bedeli, malzemenin zati bedeline tekabül ettiğinden ve asıl ödeme imalat

bünyesinde gerçekleştirildiğinden ihzarat bedeli olarak tespit edilen tutara %25 kar ve genel giderler karşılığı montaj bedeli gibi unsurların eklenmemesi gerektiğini belirtmektedir.

YİĞŞ'nin 17.2'nci maddesi gereğince; ihzarat ödenmesi öngörülen işlerde, iş programları imalat ve ihzarat iş programı olarak düzenlenir. İhzarat, iş programlarına uygun yapılacaktır. Bu programlarda gösterilenden fazla yapılan ihzaratın bedeli hakedişe konulmaz ve iş programları onaylanmadan imalat ve ihzarat bedelleri ödenmez.

YİĞŞ'nin 9'uncu maddesine göre; işin başlama tarihinden geçici kabul tarihine kadar geçen süre içinde oluşabilecek deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı "inşaat sigortası (bütün riskler)", kapsamına her türlü ihzarat da dâhil edilmelidir.

YİĞŞ'nin 40'ıncı maddesi gereğince; ihzarat yapılmasının öngörüldüğü işlerde;

"1) İhzarat miktarı yapı denetim görevlisi tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte ölçülür ve bulunan miktarlar sözleşmedeki esaslara uygun olarak hakediş raporuna dâhil edilir. İhzaratın hakediş raporlarına geçirilebilmesi için, bunların işin bünyesine girecek veya yardımcı olarak kullanılacak malzemeden olması ve fiyatlarının ihale dokümanında gösterilmiş bulunması gereklidir. Sözleşmelerinde aksine bir hüküm yoksa işbaşına getirilmemiş ihzaratın bedeli ödenmez.

2) İhzaratın, iş programlarında, sözleşme ve eklerindeki esaslara göre belirtilecek miktarlardan fazla yapılması idarenin iznine bağlıdır.

3) Bedeli ödenmiş ihzarat malzemesi, ancak yetkili makamın onayı ile şantiyeden çıkarılabilir."

Yüklenici tarafından şantiyeye getirilen ancak ihzarat olarak hakedişe girmeyen ve bedeli ödenmeyen malzemeler üzerinde idarenin tasarruf ve mülkiyet hakkı bulunmadığından, bu tür malzemelerin yukarıda ifade edilen

anlamda bir ihzarat olarak kabulü mümkün olmayıp, yükleniciye ait malzeme stoku niteliğindedir.¹⁵⁰

YİĞŞ md. 33.1'e göre "İşin sözleşmesinde veya eklerinde gösterilenler dışında kazılardan veya Devlete ait yapıların yıkılmasından çıkacak malzemenin işte kullanılmasını yapı denetim görevlisi uygun görürse, yüklenici bu gibi malzemeyi kullanmak zorundadır. Bu türden malzeme için ihzarat bedeli ödenmez."

5.12. Yeni Birim Fiyat Uygulaması

Yeni birim fiyat; sözleşme ve eklerinde fiyatı belirlenmemiş ve sonradan işin yapımı sırasında idare tarafından yapılmasına ihtiyaç duyulan iş kalemlerinin, sözleşme ve eki YİĞŞ'nin 22'nci maddesinde öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde idare ve yüklenici tarafından birlikte tespit edilen yeni fiyat tutanağına bağlanmak suretiyle geçerlilik kazanan fiyat şeklinde tanımlanabilir.

5.12.1. Mevzuatta yer alan hükümler

YİĞŞ'nin 22'nci maddesi hükümleri şöyledir:

(1) 12'nci maddenin 4'üncü fıkrasında belirtilen proje değişikliği şartlarının gerçekleştiği hallerde, işin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında ve/veya teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemlerinin ve/veya iş gruplarının bedelleri ile 21'inci maddeye göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin bedelleri, ikinci fıkrada belirtilen usuller çerçevesinde yüklenici ile birlikte tespit edilen yeni birim fiyatlar üzerinden yükleniciye ödenir.

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

a) Yüklenicinin birim fiyatlarının/teklifinin tespitinde kullanarak teklifi ekinde idareye sunduğu ve yeni iş kalemi/grubu ile benzerlik gösteren iş kalemlerine/gruplarına ait analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

¹⁵⁰ Sayıştay 8. Dairesinin 11.1.1996 tarihli ve 3454 sayılı kararı

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine/grubuna benzerlik gösteren analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.

c) İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan iş kalemleri/gruplarına ait maliyet analizleriyle kıyaslanarak bulunacak analizler.

ç) Yeni iş kaleminin/grubunun yapılması sırasında tutulacak puantajla tespit edilecek malzeme miktarları, işçi ve makinelerin çalışma saatleri ile diğer tüm girdiler esas alınarak oluşturulacak analizler.

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

a) Varsa yüklenicinin teklifinin ekinde idareye verdiği teklif rayiçler.

b) İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler.

c) İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan fiyatlar.

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

(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 uyuşulamaz 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.

(5) Yeni fiyatın hesabında, ikinci fıkranın (a) bendine göre, teklif analiz ile kıyaslanarak bulunan analizin kullanılması halinde, bu analizin temsil ettiği iş kalemi miktarı ile yeni tespit edilecek iş kalemi miktarının rayiçlere ve genel giderlere tesiri dikkate alınır.

6) İdare istediği takdirde; bir işte, sözleşmeye esas proje içinde kalan ancak öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olduğu hallerde, ayrıca bir yükleniciye yaptırılması mümkün olan bir işi başkasına da yaptırabilir, bundan dolayı yüklenici herhangi bir hak talebinde bulunamaz.”

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin “Yaklaşık maliyet hesabına esas fiyat ve rayiçlerin tespiti” başlıklı 10’uncu maddesi hükümleri şöyledir:

“(1) İdarelerce, ihale konusu işin yaklaşık maliyetine ilişkin fiyat ve rayiçlerin tespitinde;

- a) İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği, ihale konusu işe benzer nitelikteki işlerin sözleşmelerinde ortaya çıkan fiyatlar,
- b) Kamu kurum ve kuruluşlarınca belirlenerek yayımlanmış birim fiyat ve rayiçler,
- c) İlgili meslek odaları, üniversiteler veya benzeri kuruluşlarca belirlenerek yayımlanmış fiyat ve rayiçler,
- ç) Yüklenici veya alt yüklenici olarak faaliyet gösteren, konusunda deneyimli kişi ve kuruluşlardan alınacak, ihale konusu işe benzer nitelikteki işlere ilişkin maliyetler,
- d) İdarenin piyasa araştırmasına dayalı rayiç ve fiyat tespitleri, esas alınır.

(2) İdareler, yaklaşık maliyete ilişkin fiyat ve rayiçlerin tespitinde (a), (b), (c), (ç) ve (d) bentlerinde belirtilen fiyat ve rayiçlerin birini, birkaçını veya tamamını herhangi bir öncelik sırası olmaksızın kullanabilirler.

(3) İşin bütünü, iş grubu, iş kalemi ve malzeme rayici bazında yapılacak piyasa araştırmasına dayalı fiyat tespitlerinde; iş, imalat ve/veya malzemenin yapımcılarından, üreticilerinden, ana bayilerinden, toptancılarından, yetkili satıcılarından ve satıcılarından fiyatlar veya proforma faturalar alınmak ve gerekli karşılaştırmalar yapılmak suretiyle uygun fiyatlar belirlenir. Tereddüt edilen fiyatların gerçek piyasa rayiçlerine uygun olup olmadığı hususu Ticaret ve/veya Sanayi Odalarından alınacak yazılı rayiçlerle netleştirilir.

(4) Fiyat araştırması için yapılan çalışmalarda fiyat sorulacak kişi ve kuruluşlara yazılan yazıda fiyatı tespit edilecek iş grubu, iş kalemi veya malzemenin ayrıntılı özellikleri ve standardına yer verilir, fiyat istenecek kişi ve kuruluşlara aynı koşulları taşıyan yazılarla başvurulur ve fiyatlar Katma Değer Vergisi hariç istenir. İstenen özellikleri taşımayan fiyat bildirimleri ve proforma faturaları dikkate alınmaz.”

Yüksek Fen Kurulu Başkanlığının Sayı:19644152-010.06.02/1615 numaralı, 15 Kasım 2013 tarihli genelgesinde sözleşmesinde fiyatı bulunmayan işlerin birim fiyatının tespiti ile ilgili olarak; “... birim fiyatlara ait girdiler esas itibarıyla malzeme, işçilik, makine ve yüklenici karı ve genel giderlerden oluşmakta olup bu girdiler arasında, gerek YİGŞ'nin 22'nci maddesi hükmünde ve gerekse 4734 ve 4735 sayılı kanunlar ile ikincil mevzuatlarında, yeni iş kalemlerine ait birim fiyatların tespiti sırasında sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyet arasındaki farktan hareketle bulunacak bir orandaki indirim girdisinin yer aldığına veya yeni fiyatların bu oranda tenzilatı tabi tutulacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bütün bu hususlar birlikte dikkate alındığında; YİGŞ'ne göre yeni birim fiyatların tespiti sırasında, sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyetten hareketle bulunacak bir oranda fiyatların tenzilatı tabi tutulmasına ilişkin hüküm bulunan sözleşmelerde, bu doğrultuda uygulama yapılması, ancak, bu Genelgeden sonra ihale edilecek işlerde, bu mahiyette düzenlemelerin yapılmaması, bunun yerine, ihale dokümanları arasında yer alan sözleşme tasarısı ve idari şartnamesinin diğer hususlar bölümünde, yeni fiyat tespitinde yüklenici karı ve genel gider oranının ne alınacağına ilişkin düzenlemenin yapılması uygun olacaktır. Bu şekilde yapılacak uygulamalar ile muhtemel ihtilaflar da önlenmiş olacaktır.” ifadeleri yer almaktadır.

5.12.2. İnceleme

Yüksek Fen Kurulu Başkanlığının yeni birim fiyat tespitinde uygulamaya yön veren 09.01.2014 tarihli ve 2014/004 sayılı açıklayıcı kararı şöyledir:

Yeni birim fiyatların, sözleşme bedeli ve yaklaşık maliyetten hareketle bulunacak bir oranda indirime tabi tutulması ile ilgili olarak; ... Yaklaşık maliyet hesap cetvelinin, ihale öncesinde idare tarafından hazırlanan ve isteklilerin hukuken bilgi sahibi olması mümkün olmayan gizli bir belge olmasının yanı sıra, istekliler tekliflerini, yaklaşık maliyete göre değil, 4735 sayılı Kanunun sözleşme

türleri başlıklı 6'ncı maddesinde belirtildiği üzere götürü bedel işlerde, uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak işin tamamı için teklif ettikleri toplam bedel üzerinden; teklif fiyatlı işlerde ise, ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine dayalı olarak idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden, vermekte, üzerinde ihale kalan istekli ile de bu teklifine dayalı olarak sözleşme imzalanmaktadır. 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile ikincil mevzuatlarına göre hazırlanan yaklaşık maliyet hesap cetvelinin, 2886 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelerde hazırlanan keşif özeti gibi ihale dokümanları arasına konularak sözleşme ekinde yer verilmesi gereken bir belge olmadığı da dikkate alındığında, yükleniciyi bağlayıcı bir yönünün olmadığı konusunda herhangi bir duraksamaya mahal bulunmamaktadır...

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

Yüklenici kârı ve genel gider oranı ile ilgili olarak;

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

Aşırı düşük sorgulaması sırasında yüklenicinin sunduğu analizlerle ilgili olarak;

Sözleşmesi eki YİGŞ'nin 22'nci maddesinde, yeni birim fiyatlara esas olacak analizlerin oluşturulmasında uyulması gerekli usul ve esaslar belirtilmiş olup, bunlar arasında, aşırı düşük teklif sorgulaması sırasında açıklama istenilen hususlarla ilgili olarak, isteklilerin sunduğu analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizlerin, yeni birim fiyatlara esas olacak analiz olarak alınması gerektiğine ilişkin bir husus yer almamaktadır...Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, aşırı düşük teklif sorgulamasının amacı, idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olarak tespit edilen isteklilerin teklifleri reddedilmeden önce, teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğu tespit edilen bileşenler ile ilgili

ayrıntılı açıklama yapılmasına matuf olup, bunun dışında, aşırı düşük sorgulaması sırasında isteklinin verdiği açıklamaların yeni birim fiyatların tespiti sırasında dikkate alınması gerektiği yönünde ayrıca bir düzenleme yer almamaktadır. Diğer taraftan, ön bölümde belirtilen 4735 sayılı Kanunun İlkeler başlıklı 4'üncü maddesindeki hüküm dikkate alındığında, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ve ikincil mevzuatı ile sözleşme ve ekleri hükümlerinde belirtilmemiş bir hususun varmış gibi bir kabulden hareketle yorum ve uygulama yapılmasının belirtilen yasa hükmüne uygun düşmeyeceği hususu açıktır.

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

Bilindiği üzere, bahis konusu işin ihale tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 24.12.2002 tarih ve 5039 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Yapım İşlerine İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 7'nci maddesinin (h) bendinde; "Birim fiyat sözleşmelerde, sözleşmede birim fiyatı bulunmayan ve yapılması idarece istenen iş kalemi için işin devamı sırasında yeni birim fiyat yapılması halinde, bu fiyat hazırlandığı uygulama ayının rayiçlerine ve şartlarına göre tespit edilir..." hükmü yer almaktadır. Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeler için mevzuatında bu açıklıkta bir hüküm yer almamakta ise de, bu tür sözleşmelerde yeni birim fiyatların yapılması zorunluluğunun ortaya çıkması durumunda, yeni iş kalemine ait ödemelerin birim fiyat sözleşmelerde olduğu gibi yapılacağı dikkate alındığında, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde yeni birim fiyatın tespiti sırasında bu maddenin de kıyasen uygulanmasının mevzuatına ve sözleşmesine uygun düşeceği açıktır. Bu itibarla, bahis konusu iş de yeni iş kalemine ait fiyatların tespiti sırasında rayiç olarak uygulama ayı rayiçleri, analiz olarak ise yine o ay itibarıyla en son güncellenmiş analizin alınması gerekmektedir.

Yapımından vazgeçilen iş kalemlerinin fiyatlarının tespiti ile ilgili olarak;

Bahis konusu iş de, yapımından vazgeçilmesi nedeniyle sözleşme bedelinden tutarları düşülecek işlere ait birim fiyatların, YİGŞ'nin 22'nci maddesinin kıyasen uygulanmak suretiyle bu maddede belirtilen usul ve esaslara göre tespit edilmesi ve bu şekilde bulunacak fiyatlardan hareketle, yapımından vazgeçilen işlerin tutarının tespit edilmesi gerekmektedir. Yeni birim fiyat uygulaması yapılırken dikkat edilmesi gereken hususlar; YİGŞ'nin 22'nci maddesi 1 bendinde atıf yapılan YİGŞ'nin 12'nci maddesi 4'üncü fıkrasında " İdare,

sözleşme konusu işlerle ilgili proje vb. teknik belgelerde, değişiklik yapılmaksızın işin tamamlanmasının fiilen imkansız olduğu hallerde, işin sözleşmede belirtilen niteliğine uygun bir şekilde tamamlanmasını sağlayacak şekilde gerekli değişiklikleri yapmaya yetkilidir. Yüklenici, işlerin devamı sırasında gerekli görülecek bu değişikliklere uygun olarak işe devam etmek zorundadır. Proje değişiklikleri, ilk projeye göre hazırlanmış malzemenin terk edilmesini veya değiştirilmesini veya başka yerde kullanılmasını gerektirirse, bu yüzden doğacak fazla işçilik ve giderleri idare yükleniciye öder. Proje değişiklikleri işin süresini etkileyecek nitelikte ise yüklenicinin bu husustaki süre talebi de idare tarafından dikkate alınır. hükmünde yer alan şartların gerçekleşmesi durumunda ve "işin yürütülmesi aşamasında idarenin gerekli görerek yapılmasını istediği ve ihale dokümanında ve/veya teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemlerinin ve/veya iş gruplarının bedelleri ile 21'inci maddeye göre sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin bedelleri, ikinci fıkrada belirtilen usuller çerçevesinde yüklenici ile birlikte tespit edilen yeni birim fiyatlar üzerinden yükleniciye ödenir." denilmektedir. Buna göre; yeni birim fiyat uygulaması, teknik gerekçelere dayanmayan keyfi isteklere göre değil, başlangıçta öngörülmeven ancak sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkan teknik zorunluluklar, teklif birim fiyatlı işlerde; ön veya kesin projeden uygulama projesine geçiş aşamasında birim fiyat teklif cetvelinde yer alan iş kalemlerindeki zorunlu değişiklikler gibi nedenlerle fen ve sanat kurallarının gerekliliklerini sağlamak adına gerçekleştirilmelidir. Yeni birim fiyata konu işler, yapım işi kapsamında bulunmalıdır. 4734 sayılı KİK'in 5'inci maddesine göre; "Aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece mal alımı, hizmet alımı ve yapım işleri bir arada ihale edilemez."

Müteahhit tarafından işin keşfinde bulunmadığı halde; yeni birim fiyata oluşturularak gerçekleştirilen demirbaş alımı ile ilgili iş kalemlerine %25 müteahhit karı ve genel giderler ödenmesi mümkün değildir.¹⁵¹

... ilgili malzemeler piyasadan satın alma yöntemi ile temin edilebilecek malzemeler olsa bile diğer imalat işleri ile belli bir düzende yapılması öngörülen bu tür malzemelerin imal veya temininin 2886 sayılı Kanununun 2'nci maddesindeki "başka başka istekliler tarafından karşılanması mutlak olan muhtelif işler" olarak değerlendirilmesi yani başka ihale kapsamında gerçekleştirilecek projenin bir bütün olması nedeniyle mümkün olmayacaktır.¹⁵²

¹⁵¹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 15.03.2005 tarihli ve 27712 sayılı kararı

¹⁵² Sayıştay Temyiz Kurulunun 31.05.2005 tarihli ve 27964 sayılı kararı

Birinci keşif özetinde fiyatı gösterilmemekle birlikte, işin devamı sırasında idarece yapılmasına karar verilen imalatların birim fiyatları BİGŞ'nin 20'nci maddesine uygun olarak onaylı fatura bedelleri esas alınarak tespit edildiğinden ve bu konuda gerekli onay da alındığından ve park yapımı ile faturalı imalatlar bir bütün olup yapılan imalatları işin asli veya tali unsuru olarak ayırmak mümkün olmadığından imalat bedellerinin ödenmesinde mevzuata aykırı bir husus bulunmamaktadır.¹⁵³

İlgili oldukları hakedişte yeni birim fiyatlar yüklenici tarafından ihtirazi kayıt olmadan imzalanmış ise yeni birim fiyatlar bağlayıcı olmakla birlikte başkaca fiyat tespit edilmesi mümkün değildir...ilgili oldukları hakedişte itiraz edilmemiş ise söz konusu uygulama kesinlik kazanacağından müteahhit tarafından ileride bu hususlara ilişkin olarak sonradan geçmişe dönük olarak müteahhit lehine düzenleme yapılmaması gerekmektedir. Bu nedenle müteahhidin idare başvurduğu dilekçe tarihinden önce yapılmış imalatlara yeni birim fiyatın uygulanmasına imkân bulunmamaktadır.¹⁵⁴

Anlaşmazlık konusu edilen yeni fiyatlar işin yükleniciyi ile idare arasında usulüne uygun olarak yapılmış bu fiyatlara ait analiz ve fiyat zabıtları yüklenici tarafından itirazsız imzalanmış ve idarece de onaylanmıştır. Bu suretle yürürlüğe konulmuş bulunan fiyat zabıtlarının bağlayıcı bir anlaşma niteliği taşıdığı, maddi hatalar dışında değiştirilmesinin ve tahsisinin söz konusu olamayacağı görüşüne varılmıştır.¹⁵⁵

... işe ait sözleşmenin ... maddesinde belirtilen ihale dokümanları arasında bulunmayan, idaresince ihalenin hiçbir aşamasında isteklilerden istenmeyen ve herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmayan analiz formatlarının, ihale dokümanları arasında ve öncelikli sırada yer aldığı ile ilgili iddialardan hareketle sözleşmeye esas birim fiyatların değiştirilmesinin söz konusu olamayacağı hususu açıktır.¹⁵⁶

Yüksek Fen Kurulunun 09.01.2014 tarihli, 2014/004 numaralı ve 20.02.2013 tarihli, 2013/010 numaralı kararlarında da anlaşılacağı üzere; aşırı düşük tekliflerin sorgulanması aşamasında istekli tarafından verilen analizler YİGŞ madde 22 hükmünde ilk sırada analiz kaynağı olarak gösterilen "yüklenicinin birim fiyatlarının/teklifinin tespitinde kullanarak

¹⁵³ Sayıştay Temyiz Kurulunun 13.10.2003-14.10.2003 tarihli ve 26685 sayılı kararı, Sayıştay Temyiz Kurulunun 08.01.2002 tarihli ve 25455 sayılı kararı, Sayıştay Temyiz Kurulunun 01.12.2005 tarihli ve 28239 sayılı kararı

¹⁵⁴ Sayıştay Temyiz Kurulunun 23.11.2004 tarihli ve 27456 sayılı kararı

¹⁵⁵ YFK'nın 04.02.1987 tarihli ve 2-A/71 sayılı görüşü

¹⁵⁶ YFK'nın 20.02.2013 tarihli ve 2013/010 sayılı kararı

teklifi ekinde idareye sunduğu ve yeni iş kalemi grubu ile benzerlik gösteren iş kalemlerine/gruplarına ait analizlere kıyaslanarak bulunacak analizler” kapsamında kabul edilmemelidir.

YİGŞ'nin 22'nci maddesi ikinci fıkrasına göre; Birim fiyatların analizine dayalı olarak tespit edilmesi ile oluşturulacak analizlerin öncelik sırası belirtilmiş olup, bu doğrultuda hareket edilmesi, şartnamenin amir hükmü gereği olup, bu doğrultuda öncelik sırasında bir bentteki hususlar tüketilmeden bir alt bende geçilmemelidir. İşe ait sözleşmenin 14.2'nci maddesinde; “Yükleniciye fiyat farkı verilmeyecektir.” hükmünün de yer alması dikkate alındığında, yeni fiyatların uygulama ayı esas alınarak tespit edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, birim fiyatların tespiti sırasında analizlere dâhil edilecek rayıçların yüklenici kârı ve genel gider tutarsız bedelinin konulması ve bu şekilde bulunacak toplam tutara yüklenici kârı ve genel gider ilave edilmesi suretiyle birim fiyatlar oluşturulmalıdır. Yüksek Fen Kurulunca birim fiyatın tespit edilmesinin istisnai bir durum olduğu, esas olanın, sözleşmesinin eki YİGŞ'nin 22'nci maddesinde öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde idare ve yüklenicinin birlikte fiyatı tespit etmesinin icap ettiği hususlarının açık olduğu ve bunun da mümkün bulunduğu değerlendirilmektedir. 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile ikincil mevzuatları Anahtar Teslimi Götürü Bedel ve Birim Fiyat Tip Sözleşmeleri hükümlerinde; sözleşmede yer almayan ve sonradan yapılmasına gerek duyulan yeni iş kalemlerine ait birim fiyatların tespitinde, yaklaşık maliyet ile sözleşme bedeli arasındaki farktan hareketle bulunacak bir oranda fiyatların tenzilata tabi tutulacağına dair bir husus yer almadığından, sözleşmesinden gelen ve yüklenicinin kabulünü içeren durumlar hariç, bu doğrultuda uygulama yapılmasının uygun olamayacağı düşünülmekle birlikte, yüklenici kârı ve genel giderler de dahil olmak üzere, birim fiyatların taraflarca müştereken üzerinde anlaşma sağlanarak belirlenmesi esas olmalıdır.¹⁵⁷

Aşağıda örnek yargı kararları sunulmuştur.

YİGŞ'nin 20'nci maddesinde belirtilen yol izlenmek suretiyle tespit edilen yeni birim fiyat ile bu fiyatların elde edilmesinde kullanılan veya puantaj suretiyle elde edilen işçilik ve malzeme değerlerinin mükerrerlik ve teknik bilirkişi hariç yüksek olduğunu ileri sürerek analizinin ve birim fiyatını değiştirmek ve tazmin hükmüne dayanak yapmak mümkün değildir.¹⁵⁸

¹⁵⁷ YFK'nın 20.06.2012 tarihli ve 2012/40 sayılı kararı

¹⁵⁸ Sayıştay Temyiz Kurulunun 23.06.1998 tarihli ve 24192 sayılı kararı

15.03.2005 tarih ve 27707 tutanak numaralı Sayıştay Temyiz Kurulu kararında “Belirtilen hükümlere göre, BİGŞ’de açık bir hüküm yer almamakla birlikte BİGŞ’nin konuya yaklaşımından fatura karşılığı birim fiyatı oluşturacak iş kaleminin işin yapıldığı mahalden temin edilmesi ve mahalli rayicin o yer Ticaret ve/veya Sanayi odasınınca onaylanması, eğer temin edilen malın o yerde bulunmaması hali veya fiyatı olumlu etkileyen çeşitli sebeplerle idarece başka bir temin mahallinin gösterilmesinin mümkün olabileceği anlaşılmaktadır. Ancak bu gibi hallerde, faturayı tasdik edecek odanın, 5590 sayılı Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Ticaret Borsaları, Ticaret ve Sanayi Odaları Kanununun 2567 sayılı Kanunla değişik 4’üncü maddesinde ; “Kuruluş ve çalışma alanları Ticaret ve Sanayi Odaları ile Ticaret Odaları için ilçe, Deniz Ticaret Odaları ile Sanayi odaları için ise il sınırlarıdır.” hükmü uyarınca malın satıldığı veya imal edildiği ticaret ve/veya sanayi odası olması gerekmektedir. İşin yapıldığı mahalden başka mahalden fatura tasdik ettirilmiş ise, bu durumda işin yapıldığı yer ticaret ve/veya sanayi odasından alınan yazılarla belgelendirilmesi gerekmektedir” denilmektedir.

Şartname hükümleri ve yukarıda yer verilen Sayıştay Temyiz Kurulu Kararı birlikte değerlendirildiğinde, “yerel rayiç” ifadesinden, işin yapıldığı yer ve zamanda piyasada geçerli rayiç fiyatın anlaşılması gerektiği, ancak rayiç fiyatı tespit ettirilmek istenen malzemenin işin yaptırıldığı yerde bulunmaması nedeniyle veya fiyatı olumlu etkileyen çeşitli sebeplerle başka bir yerden temin edilmiş ise, söz konusu hallerin işin yaptırıldığı yer ticaret odasından alınacak yazılarla belgelendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bahsedilen gerekçelerin varlığına dair... Ticaret ve Sanayi Odasından alınmış herhangi bir yazı veya belge bulunmaksızın yeni birim fiyat tespitinde... Ticaret ve Sanayi Odası tarafından rayice uygunluğu onaylanan birim fiyatın kullanıldığı görülmektedir. Bunun yanı sıra Oda Muamelat Yönetmeliği’nin “faturaların rayice uygunluğunun onayı” başlıklı 38’inci maddesinin üçüncü fıkrasında; “Proforma faturalar ile birim fiyatı belirlemek için düzenlenen faturalar alım satım akdi hukuken gerçekleşmediğinden onaylanmaz. Ancak birim fiyatı belirlemek için düzenlenen faturalarda işin tamamının belirtilmesi halinde bu faturaların onaylanması mümkündür. Ayrıca, sadece montaj, işçilik veya nakliye bedeli için düzenlenen faturalar ile malzeme fiyatı, işçilik, nakliye ve montaj bedeli dâhil olarak düzenlenen faturalar, fiyat tespiti usullerinin uygulanmasına imkân vermediğinden onaylanmaz” denilmektedir. Yönetmeliğin anılan hükmü uyarınca birim fiyatı belirlemek üzere düzenlenen faturalar onaylanmaz, ancak birim fiyatın belirlenmesi için düzenlenen faturada işin tamamının gösterilmesi halinde faturanın onaylanması mümkündür. İdarenin rayiç fiyatın tespiti amacıyla esas aldığı ... Ticaret Odasınınca onaylanan faturada, işin tamamının gösterilmediği;

faturanın, malzemenin bir birimi için düzenlendiği görülmektedir. Yapılacak olan işin tamamı faturada gösterilmediğinden yeni birim fiyat hesabında söz konusu rayicin kullanılması yönetmeliğin amir hükmüne aykırıdır.¹⁵⁹

... söz konusu anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen işte, ihale aşamasında isteklilerden Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 34'üncü maddesine göre; teklif bedelini oluşturan iş kalemleri ve/veya iş gruplarına ait miktarlar ve bunlara ait birim fiyatlar ile bu fiyatlara ilişkin idarenin tanımladığı yapım şartlarına uygun analizler ve teklif bedelini gösteren hesap cetvelinin istenildiği ve yüklenici tarafından idareye sunulduğu görülmüştür. Anahtar teslimi götürü bedelli olarak ihalesi yapılan ... inşaatı kapsamında uygulama projesinde olmasına rağmen yapılmamasına karar verilen imalat bedellerinin tespitinde, bazı kalemler için Bayındırlık ve İskan Bakanlığı 2007 yılı inşaat ve tesisat birim fiyatları, bazı kalemler için ise uygulama ayına ait Ticaret ve/veya Sanayi Odasınınca onaylanmış yerel rayiçlerinin esas alındığı görülmüştür. YİGŞ'nin 23'üncü maddesinde, anahtar teslimi bedel işleri de kapsayacak biçimde, iş artışı sebebiyle ortaya çıkan ilave işlerin bedellerini tespit yöntemi düzenlenmiş, ancak azalan işlerin fiyatlandırılması konusuna bir açıklık getirilmemiştir. Bu kapsamda bilinmesi gereken husus, YİGŞ'nin "Sözleşmede bulunmayan işlerin birim fiyatının tespiti" başlıklı 23'üncü maddesi uygulamasının maddenin (a) bendinde ifade edildiği gibi, ön veya kesin proje üzerinden fiyat teklifi alınarak ihale edilen ve Birim Fiyat Sözleşme ile yürütülen yapım işleri ile (b) bendinde ifade edildiği gibi Genel Şartnamenin 22'nci maddesi çerçevesinde verilen bir iş artışının söz konusu olduğu yapım işlerinde, ancak uygulanabileceği hususudur. Bu çerçevede bakıldığında, bahse konu olan imalatların sözleşmede bulunmayan bir iş olmadığı ve anahtar teslimi götürü bedelli olarak ihale edilmiş işin, iş artışından kaynaklanmadığı nedeniyle konunun, YİGŞ'nin 23'üncü maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır.

Bu durumda yapımından vazgeçilen işlerin bedeli işe ait sözleşme ve ekleri dahilinde kalınarak tespit edilmelidir. İşin yaklaşık maliyetine esas miktar hesaplamaları ve porsantaj değerleri esas alınarak, yapımında vazgeçilen işlerin porsantaj cetvelinde yer alan ağırlıklarını toplam sözleşme bedeliyle mukayese etmek suretiyle fiyatlandırma yapılması gerekir. Söz konusu anahtar teslimi götürü bedel işinde yüklenicinin teklif bedelini gösteren hesap cetvelinin istenildiği ve yüklenici tarafından idareye sunulduğu göz önünde bulundurulması gerekeceğinden, yukarıda belirtilen doğrultuda yapımından vazgeçilen imalat kalemlerinin fiyatlandırılmasında yüklenicinin teklifi kapsamında sunduğu fiyatların esas alınması gerekir. Zira yüklenici teklifi ekinde sunmuş olduğu

¹⁵⁹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 27.05.2016 tarihli ve 10573 sayılı kararı

rayiçleri kendi hesap ve kabullerine göre hazırlayıp vermiştir. Bu itibarla iş azalışları olduğu takdirde fiyatların yöntem paralelliği çerçevesinde teklif fiyatlarının esas alınması gerekir. Yüklenicinin imalatı yaptığı takdirde ödenecek bedel ile imalatın yapımından vazgeçilmesi halinde eksilecek bedelin aynı tutarda olması işin tabiatına ve hakkaniyetine uygun düşmektedir. YİGŞ'nin 23'üncü maddesinde, "... sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işlerin bedelleri" nin yeni birim fiyat oluşturularak belirlenmesi gerektiği ifade edilmekte, aynı maddede yeni birim fiyata kaynaklık teşkil edecek analizler ile bu analizlere uygulanacak rayiçler belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle, anahtar teslimi bedel işleri de kapsayacak biçimde, iş artışı sebebiyle ortaya çıkan ilave işlerin bedellerinin tespit yöntemi düzenlenmiş, ancak azalan işlerin fiyatlandırılması konusuna bir açıklık getirilmemiştir. Söz konusu olayda iş eksilişi olduğu, dolayısıyla konunun, YİGŞ'nin 23'üncü maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Bu durumda yapımından vazgeçilen işlerin bedeli işe ait sözleşme ve ekleri dâhilinde kalınarak tespit edilmelidir. Söz konusu anahtar teslimi götürü bedel işinde, idare tarafından yükleniciden teklif bedelini gösteren hesap cetveli istenildiğinden ve yüklenici tarafından da idareye sunulduğundan yukarıda belirtilen doğrultuda yapımından vazgeçilen imalat kalemlerinin fiyatlandırılmasında, yüklenicinin teklifi kapsamında sunduğu fiyatların esas alınması gerekir.¹⁶⁰

Birim fiyatlarımızda yer verilen % 25 müteahhitlik karı ve genel giderler oranının ne kadarının müteahhitlik karı ve ne kadarının genel gider olduğuna ilişkin olarak Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Bayındırlık Kurulu tarafından alınmış olan 06.04.1955 tarih ve 60 sayılı kararda; % 25 müteahhitlik karı ve genel giderler oranının ayırımı yapılarak, bu oranın %10'unun müteahhit karı, % 15'inin ise umumi masraflara (genel giderler) ilişkin olduğu belirlenmiştir.¹⁶¹

Sözleşme eki YİGŞ'nin 24'üncü maddesindeki düzenlemeye göre yükleniciler proje ve şartnameden farklı olarak yaptıkları işler nedeniyle daha büyük boyutta ve fazla miktarda malzeme kullandıklarını ve daha fazla emek harcadıklarını öne sürerek fazla bedel isteyemezler. Yükleniciler proje ve şartnamede öngörülenin dışında farklı cins ve ebatta malzeme kullanılmasına izin (onay) verilmesi durumunda fiyat farkı talep etmeyeceklerine dair taahhüt vermişlerse bu taahhütleri nedeniyle de malzeme değişikliğinden kaynaklanan bedel farkını isteyemezler.¹⁶²

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 365/II. maddesi hükmü gereğince, önceden kestirilemeyen veya tahmin olunup da iki tarafça göz önüne alınmayan durumlar,

¹⁶⁰ Sayıştay Temyiz Kurulunun 25.09.2012 tarihli ve 35477sayılı kararı

¹⁶¹ YFK'nın 28.01.2011 tarihli ve 1-135 sayılı görüşü

¹⁶² Yargıtay 15. HD'nin T:07.04.2011, E:6215, K:2809

eserin meydana getirilmesine engel olur veya meydana getirilmesini son derece güçleştirirse, hâkim, değerlendirme yetkisine dayanarak, ya kararlaştırılmış olan iş bedelinin arttırılmasına veya sözleşmenin bozulmasına karar verir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 365/I. maddesinde kural olarak, yüklenicinin yapılacak işi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecbur bulunduğu benimsenmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere; anılan Yasa'nın 365/II. maddesi gereğince, işin yapımını son derece zorlaştıran koşulların oluşması halinde; iş bedelinin arttırılabileceği ya da sözleşmenin bozulabileceği kabul edilmiş ise de; bu Yasa hükmünde öngörülen koşulların gerçekleştiğinin öncelikle saptanması gerekir. Diğer yandan, dosya kapsamındaki tüm hakedişler incelendiğinde; yüklenici ortaklık tarafından ara hakedişlere YİĞŞ'nin 40'ncü maddesi hükmü gereğince, itiraz olunmadığı ve kapsamlarının davalı yararına kesinleştiği açıklıkla anlaşılmaktadır. ...Yukarıda açıklanan hukuksal nedenlerle; sözleşmenin, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 365/II. maddesi hükmü gereğince, uyarlanması koşulları oluşmadığından uyarılama yapılarak sözleşme bedelinin arttırılmasına karar verilemez ...¹⁶³

İlgili yüklenici dışındaki firmalara yaptırılan alüminyum pencere, mermer döşeme, meşe kaplı kapı bazı imalatlara ait fatura bedellerine %25 yüklenici karı ve genel giderler karşılığı ilave edilerek birim fiyat oluşturulmuş ve bedeli yükleniciye ödenmiştir. BİĞŞ'nin 20'ncü maddesi uyarınca yeni bir imalat yapılması gerekiyorsa sadece imalata girecek malzemenin (rayiç listesinde yoksa) faturaya dayalı olarak alınması diğer girdilerin mevcut rayiçlerdeki ve o işe ait analizler veya benzer analizler yardımı ile birim fiyatının tespit edilmesi gerekirken, imalatın tamamına ait fatura bedellerine %25 yüklenici karı ve genel giderler eklenerek birim fiyat oluşturulması sonucu doğan ... fazla liranın sorumlularına ödettirilmesi gerekir.¹⁶⁴

Bahse konu imalatın, işe ait sözleşme eki birim fiyat tarifleri ve birim fiyat listelerinde yer almaması sebebiyle yeni birim fiyatının yapılması uygun bulunmaktadır. Bu tespit yapılırken; faturaların, imalat tariflerini tam olarak yansıtmayı yansıtmadığı önemli olup, en uygun teklifin seçimine yönelik sağlıklı bir değerlendirmenin yapılabilmesi için, ödeme koşulları, fiyatlandırma, teslim süresi, yeri ve şekli gibi teklif şartlarının, her firmadan aynı baz ve şartlarda istenilip alınması ve en düşük teklife ait faturanın Ticaret ve/veya Sanayi Odası tarafından tasdik edilmiş olması gerekmektedir.¹⁶⁵

¹⁶³ Yargıtay 15. HD, E:7362, K:21153

¹⁶⁴ Sayıştay 3. Dairesinin 09.04.1991 tarihli ve 143 sayılı kararı

¹⁶⁵ YFK'nın 27.09.2004 tarihli ve 2004/089 sayılı kararı

5.13. Revize Fiyat

Tip sözleşmenin iş kalemi miktarının değişmesi başlıklı 28.2'inci maddesinde ve Kamu İhale Genel Tebliğinin “Yapım işlerinde iş kalemi miktarının değişmesi” başlıklı 52'inci maddesinde hüküm altına alınmıştır.

5.13.1. Mevzuatta yer alan hükümler

Tip sözleşmenin iş kalemi miktarının değişmesi başlıklı 28.2.'inci madde hükümleri şöyledir:

28.2.1. Sözleşme eki birim fiyat teklif cetvelinde yer alan her hangi bir iş kaleminin miktarında, işin devamı sırasında % 20'yi aşan artışın meydana gelmesi ve toplam artışın aynı zamanda sözleşme bedelinin yüzde 1'ini geçmesi halinde, artışın sözleşme bedeli içindeki payı nispetinde ilgili iş kalemine ait birim fiyat aşağıda gösterildiği şekilde revize edilir ve bu iş kaleminin yüzde yirmi artışı aşan kısmına revize birim fiyat üzerinden ödeme yapılır.

$$R = F \times [1 - (A \times F) / S]$$

S = Sözleşme bedeli (TL),

F = İş kaleminin sözleşme birim fiyatı (TL /),

A = İş kaleminde meydana gelen artış miktarı (Adet, mt, m2 vb.),

R = Revize birim fiyat (TL /)

Kamu İhale Genel Tebliğinin “Yapım işlerinde iş kalemi miktarının değişmesi” başlıklı 52'inci maddesi hükümleri şöyledir:

52.1. Yapım işlerine ait tip sözleşmenin “İş kalemi miktarının değişmesi” başlıklı 29 uncu maddesine göre teklif birim fiyat sözleşmelerde iş kalemi miktarının değişmesi halinde; sözleşme eki birim fiyat teklif cetvelinde yer alan her hangi bir iş kaleminin miktarında, işin devamı sırasında %20'yi aşan artışın meydana gelmesi (örnekteki gibi, bu iş kaleminde %50'lik bir artış olması halinde) ve bu toplam artışın (örnekteki gibi %50) aynı zamanda sözleşme bedelinin yüzde 1'ini (örnekteki gibi %2,5) geçmesi halinde, artışın sözleşme bedeli içindeki payı nispetinde ilgili iş kalemine ait birim fiyat aşağıda gösterildiği şekilde revize edilir ve bu iş kaleminin yüzde yirmi artışı aşan (örnekteki gibi, %50-%20=%30 'luk kısmına) kısmına revize birim fiyat üzerinden ödeme yapılır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nde yer alan örnek şöyledir:

$$R = F \times [1 - (A \times F) / S]$$

S = Sözleşme bedeli (TL),

F = İş kaleminin sözleşme birim fiyatı (TL /),

A = İş kaleminde meydana gelen toplam artış miktarı (adet, mt, m2 vb.),

R = Revize birim fiyat (TL /)

Örnek olarak; 1.000.000-TL sözleşme bedeli üzerinden ihale edilen bir yapım işinde iş kalemi miktarının değişmesi sonucundaki revize fiyatın hesabı;

S (Sözleşme bedeli) : 1.000.000-TL

F (İş kaleminin sözleşme birim fiyatı) : 500 TL/m³

A1 (İş kaleminin sözleşmedeki miktarı) : 100 m³

A2 (İş kaleminin uygulamadaki miktarı) : 150 m³

A (İş kalemindeki toplam artış miktarı) : 150-100 = 50 m³

İş kalemindeki toplam artış yüzdesi : $(150-100)/100 \times 100 = \%50 > \%20$

İş kalemindeki toplam artış tutarı : $50 \times 500 = 25.000$ TL

Sözleşme bedeline göre artış yüzdesi : $(25.000/1.000.000) \times 100 = \%2,5 > \%1$

Revize birim fiyat: $500 \times [1-(50 \times 500)/1.000.000] = 487,50$ TL/m³

Gök'e (2013) göre: "Kamu İhale Genel Tebliğinde verilen örnekte revize birim fiyat uygulamasına konu olan iş kaleminin birim fiyat teklif cetvelindeki A.001 no'lu iş kalemi olduğu ve revize fiyat kapsamına girdiği hakedişin 4'üncü hakediş olduğu kabulü edilmiştir. 4 no'lu hakediş esnasında düzenlenen revize birim fiyat, iş kaleminde gerçekleşen iş artışının %20'yi geçen kısmı için uygulanacak, %20 sınırı içinde kalan kısmı içinse sözleşme birim fiyatı kullanılacaktır. 4 no'lu hakedişe A.001 poz no'lu iş kalemi için revize birim fiyat uygulaması aşağıdaki şekilde yansıtacaktır.

- A.001 iş kalemi: $120 (100 \times 1,20) \times 500 = 60.000,00$ TL
- A.001 iş kalemi (Revize Fiyat): $30 (150 - 120) \times 487,50 = 14.625,00$ TL

Yine aynı örneğe göre A.001 no'lu iş kaleminin miktarı 5 no'lu hakedişte 200 m^3 , 6 no'lu hak edişte 230 m^3 ve kesin hakedişte 240 m^3 olarak belirlendiği varsayılırsa, bu hakedişlerde revize fiyat uygulaması yapılırken hangi revize birim fiyatların kullanılması gerektiği tespit edilmelidir. Bu konuyla ilgili bir hüküm yoktur fakat revize birim fiyat uygulamasının amacına uygun olması açısından her hakedişte iş artış miktarı değişikçe hesaplanan son revize fiyatın işte gerçekleşmiş tüm artışlara uygulanması gerekmektedir” (Gök, 2013).

Bu düzenlemenin amacı ön veya kesin proje üzerinden ihale edilen yapım işlerinde iş kalemlerinin miktarlarında oluşabilecek ciddi farkların fiyata etkisi sebebiyle idareye olan riskini azaltmaktır (Gök, 2013). Başka bir ifadeyle; bu hüküm bir iş kaleminin miktarında işin yapımı esnasında belli bir orandan fazla artışın olmaması için caydırıcı bir faktör olarak tanzim edilmiştir. Revize fiyat hesabında kullanılan formül neticesinde ortaya çıkan revize fiyat, teklif birim fiyattan daima daha düşük çıkacaktır. Bu sebepten ötürü revize fiyat üzerinden iş yapmanın yükleniciler için çok cazip olduğu söylenemez. Öyle ki yüklenicinin kusuru olmaksızın bir iş kaleminde maliyeti etkileyecek miktarda ciddi bir artış olması halinde yüklenici ve idare arasında anlaşmazlıklar çıkabilecektir (Kemer, 2004; Ergün'den 2017).¹⁶⁶

Revize birim fiyatlı iş kalemlerinin hakedişte nasıl gösterilmesi gerektiği hususu tereddütlü konulardan bir tanesidir. Birinci yöntem, revize birim fiyatlı iş kalemlerinin yapılan işler listesinde ayrı bir iş kalemi olarak gösterilmesi, ikinci yöntem ise, revize birim fiyatlı yapılan iş kaleminin yapılan işler listesinde tek kalem olarak sözleşme fiyatı

¹⁶⁶ <https://www.ilbank.gov.tr/dosyalar/uzmanliktezleri/14638.pdf> (Erişim tarihi: 04.03.2018)

üzerinden gösterilerek sözleşme fiyatı ile revize birim fiyat arasındaki farkın revize fiyata tabi miktarla çarpılarak hakedişin iç sayfasındaki “hakediş içeriğinden yapılan kesintiler” kısmında bir kesinti olarak gösterilmesidir.’

Gök’e (2013) göre: “Yükleniciye ödenmesi gereken hakediş tutarları itibari ile her iki yöntem aynı sonucu vermekle birlikte; sözleşme bedeli cinsinden yaptırılacak toplam iş tutarı yönüyle farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Zira ilk uygulama şeklinde revize birim fiyatlı iş tutarla yapılan işler listesinde gösterildiği için diğer yöntemde göre kesinti yapılan tutar kadar yükleniciye sözleşme bedeli cinsinden iş yaptırma imkânı doğmakta, başka bir ifadeyle iş artış ihtiyacı daha geç ortaya çıkmaktadır. Uygulamayı düzenleyen açık bir mevzuat hükmü bulunmamakla birlikte, ...revize birim fiyat kesintiyi gerektiren negatif bir fiyat farkı olmayıp dayanağını sözleşmeden alan şartların gerçekleşmesiyle birlikte sözleşmedeki asıl fiyatın yerine geçen ve temsil ettiği iş kaleminin gerçek maliyetine karşılık geldiğine itibar edilen bir fiyat niteliğindedir. Dolayısıyla bu fiyatın hakedişin yapılan işler listesinde yer alması ve sözleşme bedelini etkilemesi doğal kabul edilmelidir.”

Yukarıda bahsedilen uygulama şekline göre, verilen örnek için düşünüldüğünde sonraki hak edişlerde revize birim fiyat uygulamasının aşağıdaki gibi olması beklenmektedir.

5 no’lu hak ediş itibariyle

- Revize birim fiyat: $500 \times [1 - (100 \times 500) / 1\,000\,000] = 475,00 \text{ TL/ m}^3$
- A.001 iş kalemi: $120 (100 \times 1,20) \times 500 = 60\,000,00 \text{ TL}$
- A.001 iş kalemi (Revize Fiyat) : $80 (200 - 120) \times 475,00 = 38\,000,00 \text{ TL}$

6 no’lu hak ediş itibariyle

- Revize birim fiyat: $500 \times [1 - (130 \times 500) / 1\,000\,000] = 467,50 \text{ TL/ m}^3$
- A.001 iş kalemi: $120 (100 \times 1,20) \times 500 = 60\,000 \text{ TL}$

- A.001 iş kalemi (Revize Fiyat): $110 (230 - 120) \times 467,50 = 51425,00$ TL

Kesin hakediş itibariyle

- Revize birim fiyat: $500 \times [1 - (140 \times 500) / 1\,000\,000] = 465,00$ TL/ m³
- A.001 iş kalemi: $120 (100 \times 1,20) \times 500 = 60.000$ -TL
- A.001 iş kalemi (Revize Fiyat): $120 (240 - 120) \times 465,00 = 55.800,00$ -TL

Revize birim fiyat uygulamalarında, revize edilen ilgili pozun altına ayrı bir satır açılarak pozun revize kısmı, pozun revize olduğunu belirten poz ismi verilerek, örnek 23.011/P (Rev-1), oluşturulur. Revizenin sonraki hak edişlerde de devam etmesi durumunda Rev-2 fiyatı ve poz oluşturularak Rev-1 pozunun altında satır oluşturularak yer alır. Revize fiyat uygulaması yapılmadığı zaman, yükleniciye o hakediş için fazla ödeme yapılmış olur. Hakedişler kümülatif olarak düzenlendiği için, bir önceki hakedişte hesap edilen tutar hakedişten eksiltilmek suretiyle hakediş ödemesi yapılacağından, nihai ödeme miktarı kesin hakedişte hesaplanan miktar kadar olacaktır.

.... Düzenlemeye göre, revize birim fiyat uygulanacak iş kalemlerinin ortaya çıkması halinde, iş kaleminin yüzde yirmi artışı aşan kısmına revize birim fiyat uygulanacaktır. Yani, revize birim fiyat bir kesinti değil, yükleniciye ödenecek bedelin tespitinde kullanılan bir yöntemdir. Bu şekliyle revize birim fiyat sözleşme fiyatlarıyla yapılan iş tutarı kısmını değiştiren bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim iş kalemi miktarının revize birim fiyatla çarpılacak olması da bu hususu desteklemektedir. Ancak, uygulamada bazı idareler tarafından revize birim fiyat kesintisinin ödemeler değil, kesintiler kısmında gösterildiği, hakedişlerin de bu şekilde düzenlendiği görülmektedir. Böyle bir hesaplama yöntemi doğru olmadığı gibi, KDV tutarının hatalı olarak fazla ödenmesine neden olan bu uygulama idareler açısından revize birim fiyat kesinti hesabı doğru olsa da, zarar meydana getirecektir.¹⁶⁷

Bazı iş kalemleri için birden fazla revize birim fiyat yapıldığı görülmüştür... Revize birim fiyat hesaplanması gereken iş kalemleri için, her hakedişte o

¹⁶⁷ <http://yalova.csb.gov.tr/revize-birim-fiyat-kesintisi-hakediste-kesintiler-kisminda-mi-gosterilir-haber-64073> (Erişim tarihi:08.05.2019)

hakedişe giren imalat miktarlarına uygulanmak üzere ayrı revize birim fiyat hesaplandığı görülmüştür. ...Revize birim fiyat son hakedişteki miktarı itibari ile hesaplanmakta ve bir sonraki hakedişte miktar arttığında önceki revize birim fiyat hakedişten düşülerek yeni revize birim fiyat hakedişe dâhil edilmektedir. 01.01.2003 tarihinden beri tüm İdarelerde uygulama bu şekildeyken; savunmada bu hususun oldukça yeni ve netlik kazanmamış bir uygulama olduğu iddiası kabul edilebilir değildir. (Çaylı vd., 2015)

5.13.2. İnceleme

Revize birim fiyatın uygulanabilmesi için öncelikle yapım işinin birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilip sözleşmeye bağlanmış olması gerekmektedir. Anahtar teslimi götürü bedel işlerde, sözleşme kapsamındaki iş kalemlerinin miktarları ve birim fiyatları belirli olmadığı için revize fiyat uygulaması yapmak mümkün değildir.

Söz konusu işe ilişkin hakediş ödemesinde de birim fiyat teklif cetvelinde ikinci sırada yer alan, "... malzemesi" iş kaleminde %20'den daha yüksek bir artış olmasına ve bu artış sözleşme tutarının yüzde birini geçmesine rağmen revize fiyat uygulanmamış ve bu suretle de ...-TL tutarında kamu zararına neden olunmuştur. ¹⁶⁸

Bir iş kalemi için revize birim fiyat oluşturulabilmesi için, bu iş kaleminin ihale dokümanında bulunan birim fiyat teklif cetvelinde ve teklif mektubu ekinde yer alması gerekmektedir. İşin devamı esnasında yeni birim fiyat oluşturularak işin kapsamına dâhil edilen iş kalemlerinde meydana gelen iş artışları için revize birim fiyat oluşturulmamalıdır.

Teklif birim fiyat cetvelinde ve keşifte yer alıp taş ocağı değişimine bağlı olarak fiyatları değişen, AKU/1 Poz No'lu ... ve AKU/2 Poz No'lu ... imalatları için, daha sonra revize birim fiyat hesaplanması şartları olduğu halde, ocak değişiminden dolayı yeni birim fiyat hesabı yapılarak bu fiyat üzerinden ödemeye devam edildiği görülmüştür... Söz konusu imalatlar, işin yürütülmesi aşamasında İdarenin gerekli görerek yapılmasını istediği, ihale dokümanında ve teklif kapsamında bulunmayan yeni iş kalemleri olmadığından miktarlarında % 20'yi

¹⁶⁸ Sayıştay 6. Dairesinin 19.1.2017 tarihli ve 421 sayılı kararı

aşan artışın meydana gelmesi ve bu bedelin de sözleşme bedelinin %1'ini geçmesi dolayısıyla fiyatlarının revize edilmesi gerekmektedir.¹⁶⁹

Bahse konu 4 kalem yeni birim fiyatın sözleşme eki birim fiyat teklif cetvelinde yer almadığı, oysa herhangi bir iş kalemine revize birim fiyat üzerinden ödeme yapılabilmesi için bu iş kaleminin, sözleşme eki birim fiyat teklif cetvelinde bulunmasının gerekmekte olduğuna...¹⁷⁰

Tazmin konusu işte, altı adet iş kaleminin miktarında % 20'yi aşan miktarda artış meydana gelmiş ve bu artışlar aynı zamanda sözleşme bedelinin yüzde 1'ini geçmiş olduğundan söz konusu iş kalemleri için revize birim fiyat uygulanması gerekmektedir. ..her ne kadar diğer iş kalemlerindeki imalat eksilişlerinin değerlendirme dışı bırakıldığını ve toplam sözleşme bedelinin korunduğunu belirtmişse de, revize birim fiyat uygulanması için toplam sözleşme bedelinin korunması şartı bulunmamaktadır.¹⁷¹

Buna göre, birim fiyat teklif cetvelinde yer alan iş kalemlerinden miktarında %20'den fazla artış olup da hakedişle ödenen ve aynı zamanda toplam sözleşme bedelinin %1'ini aşan imalatların birim fiyatları yukarıda yazılı formüle göre bulunacak revize fiyatlar üzerinden ödenmesi gerekmektedir. Dilekçi birim fiyat teklif cetvelinde fiyatlarının aynı olduğu gerekçesiyle birim fiyat teklif cetvelinde ayrı iş kalemleri olarak gösterilen 6'lık ve 8'lik kilitli parke imalatlarının birleştirilmesi halinde kamu zararı oluşmadığını iddia etse de, böyle bir uygulama sözleşmenin yukarıya alınan 31'inci madde hükmüne göre mümkün değildir.¹⁷²

Herhangi bir iş kaleminin miktarında %20'den fazla iş artışı olması revize fiyat yapılması için tek başına yeterli değildir. %20'den fazla iş artışı olan iş kalemindeki artış miktarı aynı zamanda işin toplam sözleşme bedelinin en az %1'i kadar olmak zorundadır. Bu şartın getirilmesinin asıl amacı sözleşme bedeli içerisinde belli bir ağırlığa sahip olan iş kalemlerinin revize fiyat uygulamasına dâhil olmasını sağlamaktır. Revize fiyat oluşturulurken dikkate alınacak %1'lik sözleşme bedeli ile

¹⁶⁹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 23.2.2016 tarihli ve 41505sayılı kararı

¹⁷⁰ YFK'nın 31.05.2006 tarihli ve 2006/21 sayılı kararı

¹⁷¹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 30.05.2012 tarihli ve 35054 sayılı kararı

¹⁷² Sayıştay Temyiz Kurulunun 30.5.2012 tarihli ve 35044 sayılı kararı

kastedilen; hesaplanan fiyat farkları ve iş artışları hariç olan ilk sözleşme bedelidir (Gök, 2013).

4735 sayılı KİSK'in 24. maddesi gereği %20 (Bakanlar Kurulu Kararı ile %40) kapsamında olan iş artışları da yukarıda verilen şartların gerçekleşmesi durumunda revize birim fiyat uygulamasına dâhil olur.

Revize birim fiyat düzenlenen iş kalemlerinde meydana gelen artış tutarı bir kısıtlamaya tabi tutulmamıştır. Bir diğer deyişle revize fiyat uygulaması ile 4735 sayılı KİSK'in 24'üncü maddesinde verilen iş artışındaki %20 sınırının bir alakası yoktur (Ergün, 2017).

Bir iş kaleminin yapımından vazgeçilmesi ya da değiştirilerek miktarının azaltılması neticesinde başka iş kalemlerinin miktarında meydana gelen artışlar revize birim fiyat uygulaması kapsamına dâhil olacaktır. İş kalemindeki artışın sebebi revize fiyat uygulaması kapsamı dışında bırakılmasını gerektirmemektedir.

... Müdürlüğünce teklif birim fiyatlı olarak ihale edilen ve sözleşmesi yapılarak yüklenicisi tarafından yürütülen bir yapım işinde, birim fiyat teklif cetvelinde hem asfalt kaplama, hem de beton kaplama imalatı mevcut olduğu belirtilerek, işin yapılması esnasında YİGŞ'nin 13'üncü mad. dayanan yetkisini kullanarak (yüklenicinin herhangi bir talebi/kusuru olmaksızın) mevsim şartlarından dolayı, asfalt imalatının terk edilerek yerine beton kaplama yapılması yönünde karar verdiğini ve dolayısıyla beton imalatının ve buna bağlı olarak birim fiyat teklif cetvelinde bulunan diğer imalatların (kalıp, hasır çelik, demir vs.) her birinin miktarında sözleşmedekine göre %20'nin üzerinde bir artış gerçekleştiğini belirterek artan miktara ait ödemenin hangi esaslara yapılacağı konusunda görüş istenmektedir. ...4734 sayılı kanuna göre yapılan ihalede, idarece YİGŞ'nin 13'üncü ve 22'nci maddelerine uygun olarak yapılan değişikliklere göre, birim fiyat teklif cetvelinde yer alan bir iş kaleminin yapılmasından vazgeçilmesi veya değiştirilmesi durumunda, diğer iş kalemlerindeki artışlar ile ilgili ödemelerde, Yapım işleri tip sözleşmesinin 31'nci maddesi (yeni tip sözleşmede 28.2. madde) hükümlerine uygun olarak revize birim fiyat uygulamasının yapılması gerektiği görüşüne varılmıştır. ¹⁷³

¹⁷³ YFK'nın 26.07.2004 tarihli ve 55 sayılı kararı

İş kalemlerinin miktarında artış olup olmadığına, bu iş kalemlerinin içeriğindeki çeşitli unsurların ayrı ayrı miktarları değil iş kalemindeki toplam miktarın esas alınması gerekmektedir. Bu nedenle; fore kazıdaki betonarme imalatı, fore kazık teklif birim fiyat kaleminin bir alt unsuru olup, bu alt unsurun diğer teklif birim fiyat kalemleri arasında yer alan betonarme imalat kalemleriyle eşdeğer tutularak ana iş kalemi olarak değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır. Sözleşmenin "İş Kalemi Miktarının Değişmesi" başlıklı 31. Maddesi (yeni tip sözleşmede 28.2. madde) ... hükmü gereğince iş kalemi miktarının değişmesi ilgili iş pozunu kapsamakta olup, revize birim fiyat hesabında farklı iş kalemlerindeki imalat miktarlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, Birim fiyat teklif cetvelinde bulunan ve miktarlarında artış olan her iş kaleminin, örtüşen imalatlarla mukayese edilerek artışın % 20'nin üzerinde meydana gelmesi ve bu artışın aynı zamanda sözleşme bedelinin % 1'ini geçmesi halinde, bu iş kaleminin %20 artışı aşan kısmına revize birim fiyat üzerinden uygulama yapılması gerektiğine...¹⁷⁴

Söz konusu ihalede uygulama projeleri yüklenici tarafından yapılmaktadır. Dolayısıyla idare tarafından yükleniciye verilecek olan ön projeye göre uygulama projesini idareye sunması ve idarenin onayından sonra imalat aşamasına geçilmesi gerekmektedir.... ihaleden sonra güzergah ve projede köklü değişiklik yapılması neticesinde iş kalemlerindeki miktarlarda yüksek miktarda artışın meydana gelmesi, ihale konusu işin mahiyetini değiştirmekte olup ihaleyi alan yüklenicinin, ihale aşamasında öngörmediği maliyetlerle karşılaşmasına neden olduğundan; ihale aşamasındaki öngörülme köklü proje değişikliklerine ait imalat bedellerinin, sözleşme kapsamındaki revize fiyat uygulaması yerine, doğrudan temin yöntemiyle yaptırılmasında... ilâşecek husus bulunmadığı..¹⁷⁵ (Çaylı, vd., 2015)

5.14. İş Artış ve Eksilişleri

4735 sayılı KİSK'in 24'üncü ve YİĞŞ'nin 21'inci maddeleri ile hüküm altına alınmıştır.

5.14.1. Mevzuatta yer alan hükümler

4735 sayılı KİSK'in 24'üncü ve YİĞŞ'nin 21'inci maddesinde yer alan,

¹⁷⁴ YFK'nın 29.12.2004 tarihli ve 122 sayılı kararı

¹⁷⁵ Sayıştay 6. Dairesinin 14.08.2014 tarihli ve 83 sayılı kararı

“Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

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

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

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

İşin bu şartlar dâhilinde tamamlanamayacağına anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.

Sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir.” hükümleri doğrultusunda iş artışı ve eksilişi işlemleri tesis edilir.” hükümlerine göre iş artışı ve eksilişi uygulamaları yürütülmektedir.

Konuya açıklık getirmek ve uygulamaya yön vermek için yayınlanan Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 57267040 sayılı, 02.08.2013 tarihli, Genelge (İlave İş Artışı) konulu Genelgesinin (Genelge 2013/29) bir bölümü aşağıda yer almaktadır.

“...sözleşmeye esas proje içinde kalması, asıl işten ayrılmasının teknik ve ekonomik olarak mümkün olmaması durumunda, artışa konu olan işin yürürlükteki mevzuatta belirtilen kriterlere göre değerlendirilmesi, keyfi değişiklikler için (dış cephe, döşeme ve duvar kaplamalarının değiştirilmesi, peyzaj imalatları, sabit mobilya, çevre tanziminde ek istinat duvarı, elektrik tesisatında kapasite artırımı, vs.) ve ihale tarihinden önce yayınlanmış

genelgelere, yönetmeliklere atıfta bulunularak iş artışı talebinde bulunulmaması, Bakanlığımıza (Yapı İşleri Genel Müdürlüğü) intikal ettirilen, proje ve mahal listesi değişiklikleri hakkındaki talep yazıları ekinde, Yapı Denetim Heyetince tanzim edilen gerekçe raporu ve maliyet hesaplarının da gönderilmesi, gerekçe raporunun mutlaka İl Müdürünce de imzalanmış olması, herhangi bir itiraza mahal verilmemesi ve sürecin gecikmemesi için, metraj hesaplarının yüklenici veya vekili ile birlikte hazırlanması, Proje ve mahal listesi değişikliklerinin Bakanlığımızca (Yapı İşleri Genel Müdürlüğü) uygun görülmesi halinde, yapılacak olan tadilat projelerinin, revize projeye göre eksilen veya artan imalatlara ait miktarların yapı denetim elemanları tarafından tespit edilerek ayrıntılı bir gerekçe raporu ile Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22'nci maddesi doğrultusunda yaklaşık maliyet tutarının (ihale yılı fiyatları ile) belirlenmesini müteakip, artışa ve eksilişe konu olan imalatlar için hazırlanan revize proje, mahal listesi ve tarifleri ile birlikte, projelerinin tamamı incelenerek tek seferde ve en geç işin sözleşmesine göre verilen sürenin %80'lik kısmı tamamlanmadan önce (örneğin: sözleşmesine göre 500 gün verilen bir yapım işinde $500 \times 0,20 = 100$ gün öncesinde) fiyat anlaşması yapılmak üzere Bakanlığımıza (Yapı İşleri Genel Müdürlüğü) intikal ettirilmesi, Yatırımcı Kuruluşlarca yapılacak ilave iş artışı taleplerinde de yukarıda belirtilen süreçlerin dikkate alınmasında gerekli hassasiyetin gösterilmesi, İş artışı/azalışı kapsamında piyasa araştırması suretiyle tespit edilmesi gereken rayiç ve birim fiyatlar için en az üç teklif alınması, bu tekliflerden en düşük olanının Ticaret ve Sanayi Odasına onaylatılarak uygulamaya konulması ve bu şekilde oluşturulan yeni birim fiyatın fiyat farkı ödenen işlerde, 2002/5039 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 7/h maddesinde yer alan uygulama esaslarına göre "fatura tarihinin içinde bulunduğu aydan bir önceki aya ait fiyat farkı katsayısına (Pn) bölünerek bulunan fiyata" dönüştürülerek hesaplarda kullanılması gerekmektedir..."

5.14.2. İnceleme

4734 ve 4735 sayılı kanunlar ve ikincil mevzuatları hükümlerinde; yeni birim fiyatların tespitinde, sözleşme bedelinin, yaklaşık maliyete oranından hareketle bulunacak bir oranda fiyatların tenzilatı tabi tutulacağına dair bir hüküm bulunmadığı gibi, idarelerde mevcut birim fiyatların aynen alınacağı hususunda da bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle, sözleşmesi ve eklerinde bu doğrultuda bir uygulama yapılacağına ilişkin hüküm bulunmayan işlerde, yeni birim fiyatların yüklenici ile mutabakat sağlanmadan tenzilat uygulaması yapılarak tespit edilmesi uygun olmamaktadır. Ayrıca, anahtar teslimi götürü bedel teklif alınan ihalelerde, sözleşmenin 6'ncı maddesi gereğince isteklilerin ihale dokümanında yer alan uygulama projeleri ve buna ilişkin mahal listelerine dayalı olarak işin tamamı için teklif verdikleri ve sözleşmenin de işin tamamı için

yapıldığı ile işlerin bedellerinin ödenmesinde yüklenicinin teklif ettiği toplam bedelin esas alındığı, ilerleme yüzdelerinin (pursantaj oranlarının) işin yapılmasına ilişkin bir dayanak oluşturma niteliğinin bulunmadığı, proje ve mahal listelerine dayalı olarak hangi imalat seviyesinde sözleşme bedelinin hangi oranda ödeneceğini gösteren bir belgeden ibaret olduğu ve birim fiyat niteliğinin de bulunmadığı dolayısıyla, ilerleme yüzdelerinden (pursantaj oranlarından) hareketle yapımından vazgeçilen iş kalemlerine ait birim fiyatların tespit edilemeyeceği hususları açıktır. Bu sebeple, yüklenicinin ihale dokümanlarından elektrik uygulama projeleri arasında yer alan "...” paftasındaki imalatları dikkate alarak teklifini vermesi gerektiği, dolayısıyla, söz konusu uygulama projesinde yer alan imalatların teklif bedele dahil olduğu, YİGŞ'nin 12'nci maddesinde öngörülen kayıt ve şartlara uygun olarak proje değişikliği yapılması halinde, bu değişikliğin bir iş eksilişi veya artışını zorunlu kılması durumunda; YİGŞ'nin 21'inci maddesi hükmü gereğince, yapımından vazgeçilen işlerin bedelinin sözleşme bedelinden düşülmesi, yapımına karar verilen yeni iş kalemlerinin bedelinin ise yasal iş artışı dahilinde kalması kaydıyla yükleniciye ödenmesi, söz konusu iş kalemlerine ait yeni birim fiyatların, sözleşmesi eki YİGŞ'nin 22'nci maddesinde ön görülen usul ve esaslar ile süreler doğrultusunda yüklenici ile birlikte analize dayalı olarak tespit edilmesi, birim fiyata esas alınacak analiz konusunda ise, aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen öncelik sırası dikkate alınarak işlem tesis edilmesi ve bir bentteki husus tüketilmeden sonraki bende geçilmemesi gerekmektedir...¹⁷⁷

Sözleşme yürütülürken genellikle idare ile yüklenici arasındaki tartışmalı husus; iş artışına konu olacak imalatın iş artışı kapsamına mı girdiği yoksa bahse konu imalatın onaylı uygulama projesi ve/veya sözleşme eklerinde yer alması bile yüklenici tarafından basiretli bir tacir olarak fen ve sanat kuralları gereği ilave bir bedel ödenmeksizin yapılması gereken bir imalat kapsamında mı olduğu yönündedir. İş artışının kapsamı hakkındaki örnek kararlara aşağıda yer verilmiştir:

... Başkanlığının ... sayılı yazısında özetle; idarelerince 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale edilerek, ... tarihinde anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeye bağlanan " .. yapım işinde, idaresinin ihaleye esas projelerde herhangi bir değişikliğin yapılmadığını, sadece projenin uygulanacağı yerin değiştirildiğini ifade etmekte, yüklenicinin de projede değişiklik yapıldığı yönünde bir iddiasının yer almadığı, esas itibariyle itirazının ihaleye esas projedeki notlar cetvelindeki ağırlıklara dayalı olarak yapıldığı anlaşılmaktadır...., yüklenicinin

¹⁷⁷ YFK'nın 28.08.2014 tarihli ve 2014/52 sayılı kararı

teklifini ihaleye esas uygulama projesine göre verdiği, başka bir ifade ile uygulama projesinin üzerinde proje yapım mevzuatı gereği proje üzerinde olması gerekmeyen cetveldeki notların projede yer alması durumunda, bunun herhangi bir yükümlülük içermeyeceği gibi bağlayıcı bir yönü de bulunmamaktadır. İhaleye esas uygulama projesinde, uygulama sırasında herhangi bir değişiklik yapılmamış ise, işte bir iş artışı ve eksilişinden bahsedilemeyeceğine...¹⁷⁸

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62'nci maddesinin c bendinde; "Yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamaz. ... Uygulama projesi bulunan yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale yapılması zorunludur. ..." hükmü yer almakta olup, aynı Kanun'un, "Tanımlar" başlıklı 4'üncü maddesinde; "Uygulama projesi; belli bir yapının onaylanmış kesin projesine göre yapının her türlü ayrıntısının belirtildiği projeyi ... ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, ihaleye esas uygulama projesinin, tanımda belirtilen uygulama projesi niteliğinde olmadığı ve 4734 sayılı Kanununun 62/c maddesi hükümlerine uyulmadan ihaleye çıktığı anlaşılmaktadır. ... işe ait Özel Teknik Şartnamedeki hükümlerin ve proje notlarının ihale öncesinde istekliler tarafından bilinmekte olduğu ve isteklilerin tekliflerini buna dayalı olarak verdikleri hususu açıktır. ... imalat kalemlerinin % 10 iş artışı kapsamında ödenmesi gerektiğine ilişkin yüklenici talebinin yerinde olmadığına, ... oy birliği ile karar verilmiştir.¹⁷⁹

Bahis konusu işte, insan taşımak için tasarlanmış iki adet asansörde, özürülülerin kullanabilmesi için yapılmasına ihtiyaç duyulan ilave işlere ilişkin durumun, YİGŞ'nin 21'inci maddesinin a ve b bentleri kapsamında mütalaa edilebileceğinin değerlendirildiğine, buradan hareketle de sözleşme bedelinin %10 iş artışı dahilinde kalması şartıyla, bu iki asansördeki özürülülerle ilgili imalatların bahis konusu işe ait sözleşme kapsamında yaptırılabilmesine...¹⁸⁰

İhaleye esas uygulama projelerindeki depolara ilave olarak, aynı tip ve ebatta bir adet depo binası yapılması işinin; sözleşmeye esas proje içinde kalan ve idareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılması teknik ve ekonomik olarak mümkün olmayan nitelikte bir iş olmadığı, bir başka ifade ile sözleşme

¹⁷⁸ YFK'nın 12.09.2013 tarihli ve 2013/40 sayılı kararı

¹⁷⁹ YFK'nın 02.05.2013 tarihli ve 2013/21 sayılı kararı

¹⁸⁰ YFK'nın 23.05.2012 tarihli ve 2012/30 sayılı kararı

muhtevasına yeni iş alma mahiyetinde olduğu, dolayısıyla yukarıda belirtilen kanun, sözleşme ve ekleri hükümleri gereği, %20 iş artışı kapsamında aynı yükleniciye yaptırılma imkânının bulunmadığına ...¹⁸¹

İhale öncesi yapılan metraj ve porsantaj hesaplamalarında yapılan hatalardan dolayı uygulama esnasında sözleşme bedeli üzerinde herhangi bir değişikliğin yapılamayacağı; Yeni fiyat tespitinde; imalatın yapım şartı, yapım zamanına YİĞŞ'nin 23'üncü maddesine göre hareket edilerek yeni fiyat tespitinin yüklenici ile birlikte yapılması gerektiğine, 4734 ve 4735 sayılı kanunlarla ikincil mevzuatlarda anahtar teslimi götürü bedel ve birim fiyat tip sözleşmelerinde ihale tenzilatı ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmadığından tenzilat yapılamayacağına, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde iş artışı ile ilgili yeni projelerin yapılabirlik şartları ve fiyata ait herhangi bir hüküm bulunmadığından proje bedeli ile ilgili ödemenin idarenizce değerlendirilmesi gerektiğine ...¹⁸²

Dilekçiler dilekçelerinde yapılan hataları tamamen kabul etmişler ancak ilamda belirtilen kamu zararından fazlasının uygulama projesinde olmamasına ve hakedişlere yansımamasına rağmen daha farklı imalatlar şeklinde yükleniciye yaptırıldığını, dolayısıyla kamu zararına sebep olunmadığını belirtmişlerdir. Ancak idarenin uygulama projesinde bulunmayan bir imalatın yapılmasını isteme yetkisi ancak proje tadilatı ile mümkün olabileceğinden ve projeye dahil diğer imalatların bedelinin ise ancak hakediş düzenlenmesindeki usullere göre yükleniciye ödenebilmesi mümkün olduğundan bu iddiaların kabulü mümkün değildir.¹⁸³

... Anahtar teslimi götürü bedel usulüyle ihale edilen.. İş'i'ne ait Uygulama Projesinde yer alan ... imalatlarının, sözleşmede öngörülemeyen durumlar nedeniyle İdarece uygun görülen bir iş artışı olmadığı halde, söz konusu imalatların porsantaj listesindeki miktarlarının ve buna bağlı olarak oranlarının yeterli olmadığı gerekçesiyle porsantaj oranlarının artırılarak ödemede bulunulması mümkün değildir.¹⁸⁴

Uygulamada iş eksilişi bedellerini ihale dokümanları ve sözleşmelerde hüküm bulunmadığı halde Yüksek Fen Kurulunun kararları

¹⁸¹ YFK'nın 18.05.2012 tarihli ve 2012/27 sayılı kararı

¹⁸² YFK'nın 09.04.2010 tarihli ve 2010/28 sayılı kararı

¹⁸³ Sayıştay Temyiz Kurulunun 26.06.2016 tarihli ve 35331 sayılı kararı

¹⁸⁴ Sayıştay Temyiz Kurulunun 17.05.2011 tarihli ve 33232 sayılı kararı

doğrultusunda Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22'nci maddesini kıyasen kullanmak suretiyle tespit edilmektedir.

... imalatlarının, yüklenici tarafından tekniğine uygun olarak yapılmış ise, bunlara ilişkin bedelin düşülmesinin uygun olmayacağına, ancak yapılmamış ise bunlara ilişkin birim fiyatların sözleşmesi eki Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22'nci maddesini kıyasen kullanmak suretiyle tespit edilmesi ve buradan hareketle bulunacak bedelin sözleşme bedelinden düşülmesinin yerinde olacağına ...¹⁸⁵

... anahtar teslimi götürü bedel işlerde, mevzuatına uygun olarak proje değişikliği yapılması sonucunda bir iş artışının ortaya çıkması durumunda bu artışa ilişkin bedelin ödenmesi gerektiği ancak, bir iş eksilişi meydana gelmesi halinde ise, buna ilişkin bedelin kesilmemesi gibi tek yönlü bir yorum ve uygulama yapılmasının, 4735 sayılı Kanunun İnkeler başlıklı 4'üncü maddesinde yer alan, " ...Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur. " hükmüne uygun düşmeyeceğinin açık olduğu, dolayısıyla, sözleşmesi eki YİGŞ'nin 12'nci maddesinde ön görülen kayıt ve şartlara dayalı olarak proje değişikliği yapılması halinde, bu değişikliğin bir iş eksilişini zorunlu kılması durumunda, 4735 sayılı Kanunun 24'üncü ve YİGŞ'nin 21'inci maddelerinin son paragrafları hükmü gereği, iş eksilişine tekabül eden bedelin, sözleşme bedelinden düşülerek yüklenicisine ödenmemesi gerektiği değerlendirilmektedir...¹⁸⁶

4735 sayılı KİSK'in 24'üncü maddesinin son fıkrasında ve YİGŞ'nin 21'inci maddesinin 5'inci fıkrasında "Sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici karına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir" hükmü yer almaktadır.

¹⁸⁵ YFK'nın 20.06.2012 tarihli ve 2012/40 sayılı kararı

¹⁸⁶ YFK'nın 05.04.2013 tarihli ve 2013/19 sayılı kararı

Kanun koyucu başlangıçta işin tamamının gerçekleştirilmesine yönelik olarak; hazırlık masrafları yapan, ihale bedeli üzerinden damga vergisi, KİK payı, teminat yatıran ve belli bir kar beklentisi içinde bulunan yükleniciye yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici karına karşılık olmak üzere sözleşme bedelinin %80'i ile yaptığı işin sözleşme bedeli cinsinden tutarı arasındaki bedel farkının %5'ine kadar ödeme yapılmasına imkân sağlamıştır. Sözleşme bedelinin %80 i ile yüklenicinin yaptığı işin sözleşme bedeli cinsinden tutarı arasındaki bedel farkı hesabında kullanılacak değerler sözleşme bedeli cinsinden olup fiyat farkı ödemeleri bu hesaplama dâhil edilmeyecektir (Gök, 2013).

“... sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir.” hükmüne göre sözleşme fiyatlarıyla yapılan iş tutarının hesap edilmesi gerekmektedir. Yeni birim fiyatların sözleşme fiyatı olup olmadığı hususunda tereddüt bulunmakla birlikte, sözleşme maddelerine göre yapılan ve yükleniciye ödenen bir tutar olması nedeniyle, yeni birim fiyatların da sözleşme fiyatlarıyla yapılan iş tutarı kapsamında ele alınması gerektiği değerlendirilmektedir.

4735 sayılı KİSK'in 24'üncü maddesinin son fıkrasında ve YİĞŞ'nin 21'inci maddesinin 5'inci fıkrasında %5'e ilişkin ödemenin geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden yapılması gerektiği belirtildiği halde geçici kabul tarihindeki fiyatların nasıl elde edileceği, güncellenmenin hangi endeksler ve tarihler üzerinden yapılacağı düzenlemede net değildir.

Gök'e göre yapılacak güncellemede temel indeks olarak gerçek giderlerin yapıldığı dönemi içine alan sözleşmenin imzalandığı tarihinin içinde bulunduğu aya ait indeks; güncel indeks olarak ise geçici kabul itibar tarihinin içinde bulunduğu aya ait indeks değerinin esas alınmasının Kanunun amacına uyun düşen bir yöntemdir. Güncelleme işleminde dikkate alınacak tarih geçici kabul itibar tarihi olmalı ve güncel indeks olarak işin sözleşmeye veya en son süre uzatım tarihine göre bitmesi

gereken tarihin içinde bulunduğu aya ait TEFE (Toptan Eşya Fiyat Endeksi – Şuanki ÜFE) kullanılmalıdır (Gök, 2013).

Bir başka görüş ise; güncel indeks olarak geçici kabul tarihi ifadesine yer verildiğinden dolayı, geçici kabul veya kabul belgelerinin ihale yetkilisi tarafından onaylandığı tarihin esas alınarak hesaplamanın yapılması gerektiği yönündedir.

Güncel indeks olarak geçici kabul tarihi ifadesine yer verildiğinden dolayı, geçici kabul veya kabul belgelerinin ihale yetkilisi tarafından onaylandığı tarihin esas alınarak hesaplamanın yapılması gerekmektedir. Güncelleme katsayısının bulunması için kullanılacak tarihin sözleşme tarihi mi yoksa ihale tarihi mi olacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Uygulamada sözleşme tarihinin esas alınacağına yönelik yaklaşımlar ve yazılar bulunsa da, burada esas olan unsur yüklenici tarafından teklif fiyatlarının oluştuğu tarih olan ihale tarihi olmalıdır. Nitekim fiyat Farkı Kararnamelerinde de fiyat farklarının ihale tarihi baz alınarak hesap ediliyor olması bu durumu desteklemektedir. İlave olarak, ihale tarihinden uzun zaman sonra sözleşmenin imzalandığı hallerde sözleşme tarihinin esas alınması da tarafların eşitliği açısından başkaca sorunlar gündeme getirebilecektir. Güncelleme katsayısının bulunmasında kullanılacak tarihlere yukarıdaki paragraflarda yer verilmiştir. Ancak kullanılacak endekse yönelik olarak 4735 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 4735 sayılı Kanunun 22'nci maddesinde yer verilen toptan eşya fiyat endeksinin bu güncellemede kullanılması mümkündür. Tabi günümüzde bu endeks Yİ-ÜFE olarak ele alınmakta olup, güncellemelerde kullanılacak endeks olarak bunun alınması uygun olacaktır¹⁸⁷ (Gündüz, 2017).

Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeler için mevzuatında bu açıklıkta bir hüküm yer almamakta ise de, bu tür sözleşmelerde yeni birim fiyatların yapılması zorunluluğunun ortaya çıkması durumunda, yeni iş kalemine ait ödemelerin birim fiyat sözleşmelerde olduğu gibi yapılacağı dikkate alındığında, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde yeni birim fiyatın tespiti sırasında bu maddenin de kıyasen uygulanmasının mevzuatına ve sözleşmesine uygun düşeceği açıktır. Bu itibarla, bahis konusu iş de yeni iş kalemine ait fiyatların tespiti sırasında rayiç olarak uygulama ayı rayiçleri, analiz olarak ise yine o ay itibarıyla en son

¹⁸⁷ Gündüz, 2017 https://www.malihakem.com/analizler/is-eksilisi-mi-yuklenicinin-kar-kaybi-mi_an727.html (Erişim tarihi:17.01.2018) İş Eksilişi Ne Anlama Gelir? İş Eksilişi Yapılan Hallerde, Gerçekten Yapılan İş Eksilişi Midir, Yoksa Yüklenicinin Kar Kaybı Mıdır?

güncellenmiş analizin alınması gerekmektedir. Yapımından vazgeçilen iş kalemlerinin fiyatlarının tespiti ile ilgili olarak; bahis konusu iş de, yapımından vazgeçilmesi nedeniyle sözleşme bedelinden tutarları düşülecek işlere ait birim fiyatların, YİGS'nin 22'nci maddesinin kıyasen uygulanmak suretiyle bu maddede belirtilen usul ve esaslara göre tespit edilmesi ve bu şekilde bulunacak fiyatlardan hareketle, yapımından vazgeçilen işlerin tutarının tespit edilmesi gerekmektedir.¹⁸⁸

İş artışında yükleniciye ilave süre verilmesinden yola çıkılarak iş eksilişinde toplam sürede indirim gidilip gidilmeyeceği konusunda da tereddütler bulunmaktadır.

Gök (2013)'e göre; iş azalışlarında toplam sürede bir indirim gidilmesi hakkaniyete uygun bir uygulama tarzı olmayacaktır. Zira yüklenici ilk sözleşme bedelini ve sözleşmede öngörülen süreyi dikkate alarak işgücü, makine parkı ve finansman imkanlarını programlamakta, işin seyrini kararlaştırılan süreye göre ayarlamaktadır. 4735 sayılı Kanununun 24'üncü maddesinin de yer verilen "süre hariç" ifadesi, yükleniciye yüklenen yükümlülüklerin bir istisnası olarak belirtildiğine göre bu ifadeyi yükleniciye yeni bir yükümlülük getirir tarzda yorumlamamak gerekir. Diğer taraftan, iş artışının konu edildiği birinci fıkrada "süre hariç" ifadesinin kullanılıp, işin sözleşme bedelinin %80'ninden daha düşük bedelle tamamlanması halini düzenleyen son fıkrada süreden bahsedilmemesi kanun koyucunun iş azalışlarında süre indirimini amaçlamadığı yorumunu destekler mahiyettedir.

5.14.3. Yasal artış oranının üzerinde gerçekleşen iş bedellerinin ödenmesi

4735 sayılı KİSK 24'üncü maddesi gereğince "... anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise %20'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir. Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Bakanlar Kurulu bu oranı sözleşme

¹⁸⁸ YFK'nın 09.01.2014 tarihli ve 2014/04 sayılı kararı

bazında %40'a kadar artırmaya yetkilidir. İşin bu şartlar dâhilinde tamamlanamayacağına anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.”

Ancak metraj hesaplamalarının kesin hesapla paralel şekilde yürütülemediği işlerde kesin hesapla birlikte yasal sınırları aşan şekilde iş artışı yapıldığı ortaya çıkabilmektedir. 4735 sayılı KİSK'in 4'üncü maddesinde yer alan “Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.” hükmü ile iş artışı aşan kısım için ek sözleşme yapılması mümkün değildir. Ancak, sözleşme dışı yapılmış olsa bile yapılan işler yok sayılamayacağına göre, yasal sınırı aşan işlere ilişkin yüklenici alacağının genel hükümler çerçevesinde belirlenmesi ve ödenmesi hukuki bir zorunluluk olarak ortaya çıkacaktır. Ayrıca bu konudaki sorumluluğun önemli bir kısmı idareye aittir. Sözleşme dışı yapılan ve idarece de kabul edilen bu işler için TBK'nın 526. ve devamı maddeleri uyarınca vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır. Bu durumda, yüklenicinin yaptığı zorunlu ve yararlı bulunan masrafların faiziyle birlikte ödenmesi gerekir. Ödeme, sözleşmede öngörülen fiyatlardan değil, imalatın yapıldığı günün rayiçleriyle yapılır. Sadece giderler istenebileceği için, alacak tutarına yüklenici karı dâhil edilmez.

İş artışının yasal sınırı geçmesi halinde, yasa gereği, İdare sözleşmeyi tasfiye etmek zorunda olduğu için müteahhit yasal sınırın üzerinde iş yapmaya zorlanamaz ve onun da bu nedene dayalı fesih hakkı bulunmaktadır.¹⁸⁹

Sözleşme kapsamında bulunmayan ve işin başlaması safhasında, projenin temel sistemindeki değişiklik gereği ortaya çıkan ve yeniden projelendirilen temel sisteminin işin anahtar teslim götürü bedelinde %10'un üzerinde iş artışı meydana getireceğinin belirlenmesi ve temel sisteminin yeni projeye göre yapılmadan işe devam edilemeyeceğinin anlaşılması nedeniyle, 4735 sayılı KİSK'nun 24'üncü maddesine istinaden genel hükümlere göre tasfiye edilmesi gerekeceğine...¹⁹⁰

¹⁸⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T:08.10.1976, E:975/11-102, K:2605

¹⁹⁰ YFK'nın 01.06.2005 tarihli ve 2005/57 sayılı kararı

...vekaletsiz iş görme hükümlerine göre yüklenicinin iş bedelinin %30'unu aşan kısım için, usulüne uygun bir ihale ve sözleşme bulunmasa dahi, iş sahibi idare için yararlı olan işin karşılığını talep etmeye hakkı vardır.¹⁹¹

%30'u aşan işler asıl sözleşme kapsamına girmediğinden, bedelinin sözleşmede kararlaştırılan fiyatlar üzerinden hesaplanması ve sözleşmede öngörülen ihale indirimine tabi tutulması mümkün değildir. İş sahibi idare yararına yapılmış ve onun tarafından benimsenmiş olan işlerin bedelinin yapım günündeki serbest piyasa rayiçleri üzerinden hesaplanması gerekir.¹⁹²

Sözleşme dışı yapılan ve idarece de kabul edilen bu işler için TBK md. 411 ve devamı madde hükümleri gereğince vekaletsiz tasarruf kuralları uygulanır. Bu durumda, TBK md. 413 uyarınca, yüklenicinin yaptığı zaruri veya faydalı masraflarının faiziyle birlikte ödenmesi gerekir. Bu hesaplamada sözleşmede öngörülen fiyatlar değil, imalatın yapıldığı günün rayiçleri kullanılır. Ancak sadece giderler istenebileceği için, alacak tutarı hesaplanırken yüklenici karının dahil edilmemesi icap eder.¹⁹³

Sözleşme eki YİĞŞ'de yer alan; yüklenicinin ara ve kesin hakedişlere usulüne uygun şekilde itirazda bulunması halinde aynen kabul edilmiş sayılır hükmü %30'u aşan işler konusunda bir itirazi kayıt ileri sürmese bile, yüklenicinin bu husustaki talebine engel teşkil etmez. Çünkü sözleşme dışı yapılan işlerde, sözleşme hükümleri, dolayısıyla ekleri uygulanmaz.¹⁹⁴

Belediye 4734 sayılı Kamu ihale yasasına tabi olup yol inşaatının sözlü anlaşmaya dayanılarak yaptırılması yasal değildir. Ancak, yapılan yolun kullanımda olduğu da belirlenmiştir. İş yapıldığına göre BK'nın 410'uncu maddesi gereğince kamunun yararlandığı bölümde yapılan işin bedelinin yapıldığı yıl piyasa fiyatları ile hesaplanarak davacı alacağına hükmedilmelidir¹⁹⁵ (Aydemir, 2009).

Grobetonun yapılıp yapılmama konusunda mühendisten onay alınmamış olup, bilirkişi raporunda da bilirkişilerden birisi tarafından bu işin faydalı ve zaruri olmadığı yolunda karşı oy yazılmıştır. Bu durumda grobetonun dökülmesinin zaruri olup olmadığı zaruri ise ne miktar dökülmesi gerektiği tespit olunup BK'nın

¹⁹¹ Yargıtay 15. HD, T:05.06.1987, E:1183, K:2506

¹⁹² Yargıtay 15. HD, T:08.03.1978, E:2038, K:449

¹⁹³ Yargıtay 15. HD, T:05.02.1976, E:3902, K:425

¹⁹⁴ Yargıtay 15. HD, T:05.03.1985, E:3308, K:712

¹⁹⁵ 15. HD. 27.06.2006, 2006/3356-3950SA –YKD.2007/2 SA 295 sf

413. maddesi uyarınca vekaletsiz iş görme hükümleri gereğince yapıldığı tarihteki rayice uygun fiyatın yüklenici alacağı olarak takdiri gerekir ¹⁹⁶ (Aydemir, 2009).

Sözleşme şarta bağlı akit niteliğindedir. BK'nın 149'uncu maddesine göre şüpheli bir durum nedeniyle idare sözleşmeyi şartlı olarak imzalamıştır. Sözleşmenin yürürlüğe girdiği İdarece yükleniciye bildirilmeden sözleşme bozulmuştur. Bu durumda yüklenicinin ihzarat yönünden yaptığı iş, vekaletsiz iş görmedir. BK'nın 413'üncü maddesine göre yüklenici ancak zaruri ve faydalı masraflarını isteyebilir ¹⁹⁷ (Aydemir, 2009).

Sözleşme dışı işler bedelinin sözleşme uyarınca sözleşmeyle aralarında çelişki bulunması halinde dahi, öncelikle uygulanması gereken sözleşme eki niteliğindeki YİGŞ' nin 22'nci ve 23'üncü maddelerde düzenlenen esaslar çerçevesinde belirlenmesi gerektiği, işin yapılıp teslim edildiği yılda geçerli serbest piyasa rayiçlerine göre hesaplanamayacağı gözetilmelidir.¹⁹⁸

Sözleşme dışı iş bulunması ve bu işlerin sözleşme eki YİGŞ'nin 21'inci maddesindeki sözleşme kapsamında kalması halinde %10 fazla imalatın sözleşme fiyatlarıyla, %10'u aşan imalatın sözleşme ve işin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın 413 vd. maddeleri gereğince iş sahibi yararına olması koşuluyla yapıldığı yıl mahalli piyasa rayiçleriyle, sözleşmede ve eki belgelerde bulunmayıp idare tarafından talep edilen ihale dokümanı ve teklif kapsamında fiyatı verilmemiş yeni iş kalemleri ve gruplarının bedellerinin de şartnamenin 22'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca belirlenerek yükleniciye ödenmesi gerekir.¹⁹⁹

Sözleşme dışı yapılan işlerin bağış olarak kabulünün ve devleti sebepsiz zenginleştirmenin hukuka aykırı olması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde yukarıdaki kararlar doğrultusunda işlem yapılmalıdır. Ancak, ihale hukukuna aykırı olarak serbest rekabet ve uygun bedel gibi unsurları ortadan kaldıran bir iş yaptırma söz konusu olduğundan, yasal sınırı aşan işlerin yaptırılmasında ihmal veya kusuru bulunan kamu görevlilerinin sorumluluğu devam ettiği gibi konunun adli yargıda çözümlenme süresince mahkemece idare aleyhine hükmedilen faiz

¹⁹⁶ Yargıtay 15. HD, T:12.05.1994, T. 94/545-3094 SA-YKD- 1995/5 sa. 769 sf

¹⁹⁷ Yargıtay 15. HD, T:16.05.1985, K:3571, E:16785 sa.-YKD.1356 sf.

¹⁹⁸ Yargıtay 15. HD, T:03.02.2014, E:6847, K:639

¹⁹⁹ Yargıtay 15. HD, E:6289, K:4192

ve yargılama giderlerinin rücu yoluyla ilgililere ödettirilmesi söz konusu olabilecektir (Gök,2013).

Ancak; yüklenici alacaklarından tek taraflı olarak vazgeçebilir. 6098 sayılı TBK'nın 132'inci maddesinde yer alan "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır." hükmüne göre tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmeleriyle borcun tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması mümkündür.

Buna göre, 4735 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülen sözleşmelerde, yükleniciler ihale yetkilisiyle karşılıklı imzaladıkları ibra sözleşmeleriyle haklarından tamamen veya kısmen feragat edebilirler. Ancak, yüklenicilerin idarenin ibra sözleşmesinin zorla imzalatıldığı gibi iddialarda bulunma ihtimali gözardı edilmemelidir. Bu hallerde ibra sözleşmelerinin geçerliliği sorgulanabilecek ve hukuki süreç işleyecektir.

Konuyu açıklayıcı Sayıştay Temyiz Kurulu kararı şöyledir:

...söz konusu yapım işinin proje değişikliği nedeniyle meydana gelen iş artışı sebebiyle mevcut sözleşme kapsamında yapılamayacağı anlaşılmasına ve bu nedenle tasfiye edilmesi gerekmesine rağmen iş artışı yapılarak artış bedelinin ödendiği, Söz konusu iş artışına isabet eden fiyat farkının ayrıca ödendiği, gerekçeleriyle ...TL'nin tazminine ilişkin hüküm tesis edilmiştir...Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, her ne kadar salt kanun hükmünden hareketle kontrol heyeti ve harcama yetkilisince işin tasfiyesi yapılmayarak iş artışına gidilmesi, kamu ihale mevzuatına aykırılık teşkil etmekte ise de; can ve mal emniyetini ortadan kaldıracak nitelikteki şantiye sahasında gelişen durum sonucunda insanların kalabalık olarak yaşadığı en işlek caddede doğal afet vb. olayların meydana gelmesine sebep olmamak adına mevzuata aykırılık hususunun en başından beri biliniyor olmasına rağmen asıl işten ayrılması mümkün olmayan iş artışının yapılmak zorunda kalındığı, (zorunlu) iş artışına konu ödemenin birinci sözleşmedeki fiyat şartları (ihale tenzilatı) dâhilinde fiilen yapılan çeşitli imalatlar karşılığı olduğu ve işin ancak ikmal inşaatı ile tamamlanabildiği hususları birlikte ele alındığında söz konusu mevzuata aykırılığın 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71'inci maddesinde belirtilen kamu zararı tanımı

açısından iş artışı ve bu artışa ilişkin fiyat farkı ödemesinde kamu zararına sebebiyet vermediği değerlendirilmektedir.²⁰⁰

Yasal iş artışı sınırının üzerinde gerçekleştiği tespit edilen işlerin bedelinin mevcut sözleşmeye dayanarak ödenmesi mümkün bulunmamaktadır. Zira yapılan bu işler sözleşme dışında yapılan işlerdir. Söz konusu işler için asıl sözleşmenin tatbiki mümkün olmadığı gibi, idareye faydalı biçimde yapılmış olsa bile, 4734 sayılı Yasa'da öngörülen şekle ve usule uygun ihale ve yazılı bir sözleşme mevcut olmadığından, yapılmış işleri yeni bir sözleşmeye dayandırmak da mümkün değildir. Her ne kadar sorumluların savunmalarında da belirttiği üzere yüklenicinin yapmış olduğu bir iş ve buna istinaden ödenen bir bedel söz konusu olsa da, yüklenici sözleşmenin uzman tarafı olarak yasal sınırı aşan işleri idareye bildirmek ve idareyi uyarmak zorundadır. Bütün bu nedenlerle yasal sınırı aşan işlere ilişkin yüklenici alacağıının genel hükümler çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir. Yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere yasal sınırın üzerinde hukuken geçerli olmayan bir sözleşmeye dayanarak yükleniciye ödeme yapılması hukuken mümkün olmamakla birlikte, yüklenicinin bu yaptığı imalatlar karşılığında belli bir maddi külfet altına girmesi ve buna karşı Belediyenin mal varlığında bir artış olması nedeniyle, yükleniciye sözleşme dışında fazladan yaptığı işler için 818 sayılı BK'nın 413. maddesi gereğince yüklenici karı hariç yapmış olduğu işler ile zaruri masraflarının karşılanması gerekmektedir. Zira asıl iş için 632.088,26 YTL yaklaşık maliyet hesaplanmış, yüklenici 632.088,26 YTL yaklaşık maliyetli iş için 551.200 YTL teklifte bulunmuş ve bu bedel üzerinden sözleşme imzalanmıştır. İş artışı kapsamında yapılan imalat bedelleri, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 23. maddesinin (b) bendi gereğince; asıl iş kapsamındaki yaklaşık maliyet için yüklenicinin teklif ettiği teklif ile kıyaslanarak bulunmalıdır. Zira Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 24. maddesinde artışa konu olan işin, "ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılacağı" belirtilmek suretiyle, sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümlerin gözetileceği belirtilmiştir. Bir başka deyişle; 632.088,26 YTL yaklaşık maliyetli iş için 551.200 YTL teklif veren yükleniciye, 110.140 YTL yaklaşık maliyetli aynı imalatlar için, asıl sözleşmedeki şartlarla 96.045 YTL ödenmelidir. Ancak, ilave iş için 110.140 YTL ödenmiştir. Yine ödenmesi gereken 96.045 YTL'ye tekabül eden % 10 oranındaki yüklenici karı da ödenmemelidir.²⁰¹

²⁰⁰ Sayıştay Temyiz Kurulunun 21.06.2016 tarihli ve 42095 sayılı kararı

²⁰¹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 08.06.2010 tarihli ve 31582 nolu kararı

5.15. Hakediş Raporları

Kamu idarelerinin taraf olduğu yapım sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşmeye uygun biçimde gerçekleştirdiği işlerin karşılığı kendisine, düzenlenme yöntem ve esasları sözleşme ve eki belgelerde yazılı bulunan hakediş raporlarıyla ödenir.

Hakediş; Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliğinin 7.a bendi ve 54'üncü maddesi dikkate alınarak hazırlanan ve ödeme emri belgesi ekinde yer alması gereken kanıtlayıcı belgedir. Hakediş raporu, yapım işlerinde yükleniciye ödenecek geçici (ara) ve kesin hakediş tutarının hesaplanmasına esas olan belgelerden oluşur. Yapım türüne göre ilgili sayfalar ve gerekli görülen diğer belgeler düzenlenerek yüklenici ve yapı denetim elemanlarınca imzalanır, yetkili makam tarafından (Harcama Yetkilisi) onaylanır.

5.15.1. 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. Hakediş raporlarında kullanılacak metrajların ve ödemeye esas olacak hakediş oranlarının idarece tutulması gerekli yeşil defter, ataşman defteri, şantiye günlük defteri vb. belgelerle uyumlu olması zorunludur. YİĞŞ'nin 39'uncu ve tip sözleşmenin 30'uncu maddelerinde hüküm altına alınmıştır.

5.15.1.1. Mevzuatta yer alan hükümler

YİĞŞ md. 39.1 "Birim fiyat esasına göre yapılan işlerin bedellerinin ödenmesinde aşağıdaki esaslara uyulur:

a) Sözleşmeye ekli birim fiyat teklif cetvelinde yazılı veya sonradan düzenlenen yeni birim fiyatlar ile metrajlarından hesaplanan iş kalemi miktarlarının çarpımı üzerinden hesaplanan tutardan sözleşmedeki kayıtlara ve ilgili kanunlara göre yapılacak kesintiler de çıktıktan sonra, sözleşmenin ödemeye ilişkin hükümleri çerçevesinde kendisine ödenir.

b) Sözleşme eki birim fiyat teklif cetvelinde herhangi bir iş kaleminin öngörülmüş ve birim fiyatının gösterilmiş olması yükleniciye, mutlaka o nev'i işi yapma hakkını vermez.

c) Yüklenicinin 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. Yüklenici, idarenin isteği halinde, kesin hesapları da yapı denetim görevlisinin denetimi altında işe paralel olarak yürütmek zorundadır. Bu halde, geçici hakediş raporlarının düzenlenmesinde, bitmiş iş kısımları için kesin metrajdaki miktarlar dikkate alınır.

(2) Anahtar teslimi götürü bedel esasına göre yapılan işlerin bedelleri, ihale dokümanında öngörülen ilerleme yüzdeleri üzerinden sözleşmesinde ve eklerinde yazılı esaslara göre ödenir.

(3) 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 uyulur.

(4) Hakediş raporlarının düzenlenmesinde aşağıdaki esaslara göre işlem yapılır:

a) Geçici hakediş raporları yüklenicinin başvurusu üzerine, sözleşme veya eklerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça her ayın ilk beş işgünü içinde düzenlenir. Yüklenici başvurmadığı takdirde idare, en çok üç ay içinde, tek taraflı olarak hakediş düzenleyebilir. Gelecek yıllara sari olmayan sözleşmelerde yaptırılan işler için, son hakediş raporu bütçe yılının sonuna rastlayan ayın yirminci günü düzenlenir.

b) İşe başlanıldığı tarihten itibaren meydana getirilen işler, yapı denetim görevlisi tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte ölçülür ve bulunan miktarlar sözleşmedeki esaslara uygun olarak hakediş raporuna dahil edilir.

c) İhzarat yapılmasının öngörüldüğü işlerde;

1) İhzarat miktarı yapı denetim görevlisi tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte ölçülür ve bulunan miktarlar sözleşmedeki esaslara uygun olarak hakediş raporuna dahil edilir. İhzaratın hakediş raporlarına geçirilebilmesi için, bunların işin bünyesine girecek veya yardımcı olarak kullanılacak malzemeden olması ve fiyatlarının ihale dokümanında gösterilmiş bulunması gereklidir. Sözleşmelerinde aksine bir hüküm yoksa, işbaşına getirilmemiş ihzaratın bedeli ödenmez.

2) İhzaratın, iş programlarında, sözleşme ve eklerindeki esaslara göre belirtilecek miktarlardan fazla yapılması idarenin iznine bağlıdır.

3) Bedeli ödenmiş ihzarat malzemesi, ancak yetkili makamın onayı ile şantiyeden çıkarılabilir.

ç) Düzenlenen hakediş raporunun işleme konulabilmesi için, yüklenici veya işbaşında bulunan vekili tarafından imzalanmış olması gereklidir. Yüklenici veya vekili, bildirilen günde, hakedişe esas ölçülerin alınmasında hazır bulunmazsa yapı denetim görevlisi ölçümleri tek başına yaparak hakediş raporunu düzenler ve yüklenicinin bu husustaki itirazları kabul edilmez. Hakediş raporu düzenlendikten sonra bir hafta içinde yüklenici raporu imzalamazsa yapı denetim görevlisi, hakediş raporunu idareye gönderir ve rapor yüklenici tarafından imzalanıncaya kadar idarede hiçbir işlem yapılmaksızın bekletilir. Yüklenici hakediş raporlarını zamanında imzalamamış olursa ödemede meydana gelecek gecikmeden dolayı hiçbir şikâyet ve istekte bulunamaz.

d) Hazırlanan ve iki tarafça imzalanmış bulunan geçici hakediş raporu, tahakkuk işlemi yapıncaya kadar, yetkili makamlar tarafından düzeltilebilir. Bu düzeltme sırasında eski rakam ve yazıların okunabilir şekilde çizilmiş olarak hakediş raporunda bulunması ve düzeltme yapan yetkililerin imzasını taşıması gereklidir. Ancak bu düzeltmeler yeniden sayfa düzenlemeyi gerektirecek ölçüde fazla ise, esas sayfa üzerinde düzeltmenin yapıldığına ilişkin açıklama bulunmak şartı ile, yeniden ayrı bir sayfa düzenlenip hakediş raporuna eklenir.

e) Yüklenicinin geçici hakedişlere itirazı olduğu takdirde, karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerçekleri, idareye vereceği ve bir örneğini de hakediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hakediş raporunun "idareye verilen ... tarihli dilekçemde yazılı ihtirazı kayıtlı" cümlesini yazarak imzalaması gereklidir. Eğer yüklenicinin, 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. Yüklenici itirazlarını bu şekilde bildirmedeği takdirde hakedişi olduğu gibi kabul etmiş sayılır.

f) Her hakediş tutarından, bir evvelki hakediş tutarı çıkarıldıktan sonra kalan tutara idarece ilgili mevzuata göre hesaplanacak Katma Değer Vergisi eklendikten sonra bulunan miktardan sözleşmede yazılı kesintiler, varsa yüklenicinin idareye olan borçları ve cezalar ile kanunen alınması gereken vergiler kesilir. Hakediş raporu, yüklenici veya vekili tarafından imzalandığı tarihten başlamak üzere en geç sözleşmesinde yazılı sürenin sonunda, eğer

sözleşmede bu hususta bir kayıt yoksa otuz gün içinde tahakkuka bağlanır. Bu tarihten başlamak üzere on beş gün içinde de ödeme yapılır.

g) Gerek bu madde hükümlerine göre geçici hakediş raporlarının, gerekse 40 ncı madde hükümlerine göre kesin hesapların ve kesin hakediş raporunun hazırlanması ve gerekli ölçmelerin ve bunlarla ilgili diğer hizmetlerin yapılması için yüklenici, yeterli sayıda işçi ve personeli bedelsiz olarak yapı denetim görevlisinin emrine verir.”

Tip sözleşmenin 30.1’inci maddesinde “Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde; geçici kabul noksanları için düzenlenen her hakedişte yapılan iş tutarının % 3’üne karşılık gelen kısmı karşılığında teminat mektubu alınır ve bu teminat mektubu, geçici kabul noksanı bulunmayan işlerde geçici kabul onay tarihinden sonra, geçici kabul noksanı bulunan işlerde ise bu eksikliklerin tamamlanmasını müteakip, geçici kabul onay tarihinden sonra yükleniciye iade edilir. Fiyat farkı ödenen işlerde teminat tutarı, sözleşme tarihinden itibaren endeks üzerinden güncelleştirilmek suretiyle belirlenir. Yüklenicinin teminat mektubu vermemesi durumunda; düzenlenen her hakedişte yapılan iş tutarının % 3’üne karşılık gelen kısmı tutulur ve bu tutar, geçici kabul noksanı bulunmayan işlerde geçici kabul onay tarihinden sonra, geçici kabul noksanı bulunan işlerde ise bu eksikliklerin tamamlanmasını müteakip, geçici kabul onay tarihinden sonra yükleniciye ödenir. Fiyat farkı ödenen işlerde bu tutar, sözleşme tarihinden itibaren endeks üzerinden güncelleştirilmek suretiyle kesilir”

Birim fiyat sözleşmelerde; madde metni, aşağıdaki I ve II numaralı seçenekten biri seçilerek düzenlenecektir:

I- Madde 30-İşin devamı sırasında kesin hesapların yapılması

30.1. Yüklenici, kesin hesapların zamanında tamamlanmasını teminen işin devamı süresince gerekli elemanı işbaşında bulundurmaya ve her kalem imalatın tamamlanmasını takiben yapı denetim görevlisiyle birlikte hesaplarını hazırlatarak peyderpey tetkik için İdareye vermeye mecburdur.

30.2. Düzenlenen hakedişlerde; tamamlanmış, ancak kesin hesabı İdareye verilmemiş imalatlara ait tutarların % 5’i tutulur ve kesin hesaplar İdare tarafından onaylanmadıkça bu tutarlar ödenmez.

II- Madde 30-İşin devamı sırasında kesin hesapların yapılması

30.1. Yüklenici, kesin hesapların zamanında tamamlanmasını teminen işin devamı süresince gerekli elemanı işbaşında bulundurmaya ve her kalem imalatın

tamamlanmasını takiben yapı denetim görevlisiyle birlikte hesaplarını hazırlatarak peyderpey tetkik için İdareye vermeye mecburdur.

30.2. Düzenlenen hakedişlerde; tamamlanmış, ancak kesin hesabı İdareye verilmemiş imalatlara ait tutarların % 5'i karşılığında teminat mektubu alınır ve kesin hesaplar İdare tarafından onaylanmadıkça bu teminat mektubu iade edilmez. Yüklenicinin teminat mektubu vermemesi durumunda ise kesin hesabı İdareye verilmemiş imalatlara ait tutarların % 5'i tutulur ve kesin hesaplar İdare tarafından onaylanmadıkça bu tutarlar ödenmez." hükümleri yer almaktadır.

5.15.1.2. İnceleme

Hakediş raporları hazırlanırken yapılan imalat ve/veya ihzaratın metraj hesaplamaları, fiyat farkı uygulamaları, nakliye mesafeleri, yeni birim fiyat tespiti, süre uzatımı, ödenek aktarımı, vergi, ceza, avans kesintisi gibi kesintilerin belirlenmesi, hakedişin zamanında ödenmemesi muhtemel ihtilaf ve itiraz konularındandır. Aşağıda örnek yargı kararlarına yer verilmiştir.

Dava eser sözleşmesine dayalı iş bedelinden kalan alacak ile hakedişlerin geç ödenmesi nedeniyle "faiz kaybı ve munzam zararın ödenmesi istemiyle" açılmıştır. Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur. (BK'nın 101/1'nci md.) Taraflar arasındaki sözleşmenin 5'inci maddesinde kararlaştırılan ödeme şartı, kesin vade niteliğinde olmadığından, davalının hakediş ödemeleri için ayrıca bedel gösterilmek ve istenilmek suretiyle, usulen temerrüde düşürülmesi zorunludur.²⁰⁹

...iş sahibinin mütemerrit duruma düşmesi kendisine uyarıda bulunulması koşuluna bağlıdır. O halde, tahakkuk tarihinden itibaren geçen 30 günlük sürenin hitamında alacağın muaccel olması, Kurum'un doğrudan mütemerrit olduğunu göstermez.²¹⁰

...hakediş ödemelerinin ön görülen sürede ödenmemesi durumu idarenin sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerinin bir kısmını öngörülen sürede yerine getirememesi veya idarenin sebebiyet verdiği haller kapsamında olduğu, dolayısıyla işe etki derecesi göz önüne alınarak hakediş ödemelerindeki gecikmeden dolayı süre uzatımı verilebileceği,

²⁰⁹ Yargıtay 15.HD, T:11.07.2007, E:2227, K:4721

²¹⁰ Yargıtay 15. HD, T:15.11.1996, E:7193, K:43

hakediş ödemelerindeki gecikmeler idarenin sebebiyet verdiği hallerden olduğundan yüklenicinin bu konu ile ilgili süre uzatım konusunda 20 gün içinde yazılı bildirimde bulunma şartının aranmasına gerek bulunmadığı...²¹¹

YİĞŞ'ne göre, yüklenicinin geçici hakedişlere itirazı olduğu takdirde, karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerçekleri, idareye vereceği ve bir örneğini de hakediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hakediş raporunun "idareye verilen tarihli dilekçemde yazılı ihtirazı kayıtlı" cümlesini yazarak imzalaması gereklidir. Eğer yüklenicinin, hakediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapılmıyca 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 hakedişi olduğu gibi kabul etmiş sayılır.

Uyuşmazlığın çözümünde öncelikle yüklenicinin hakediş raporlarına usulüne uygun bir itirazda bulunup bulunmadığı tespit edilmeli, usulüne uygun itirazda bulunmamışsa dava tümden reddedilmeli, geçerli bir itirazı varsa talepleri değerlendirilmelidir. Ayrıca yüklenici talebinden fazlasına hükmedilmesi de doğru değildir.²¹²

BİĞŞ'nin 39'uncu maddesinde belirtilen şekle uygun yapılmayan itirazlar geçerli sayılmaz. ²¹³

Müteahhidin geçici ve kesin hakediş raporlarına BİĞŞ'nin 39'uncu ve 40'inci maddelerinde öngörülen şekle uygun biçimde itiraz etmemesi halinde söz konusu hakedişler mevcut haliyle kesinlik kazanır.²¹⁴

Kesin hakediş raporuna yapılan itiraz, itiraz edilmemekle kesinleşen geçici hakediş raporlarındaki hususlar açısından yükleniciye her hangi bir talep hakkı vermez.²¹⁵

²¹¹ YFK'nın 16.07.2010 tarihli ve B.09.0.YFK.O.OO.411-II66 sayılı görüşü.

²¹² Yargıtay 15. HD, T:13.11.2003, E:2474, K:5468

²¹³ Yargıtay 15. HD, T:09.05.1996, E:1290, K:2546

²¹⁴ Yargıtay 15. HD, T:13.10.1995, E:5396, K:5519

²¹⁵ Yargıtay 15. HD, T:20.06.1988, E:2504, K:2360

Hakediş raporlarına giren imalatın niteliği ve kesilen nefaset bedeline ilişkin olarak usulüne uygun itirazda bulunmayan yüklenici dava yoluyla da olsa hak talep edemez.²¹⁶

Akaryakıt fiyat farkının hesaplandığı hakediş raporunu itirazsız imzalayan yüklenici daha sonra akaryakıt fiyat farkının eksik ödendiği iddiasında bulunamaz.²¹⁷

Hakedişler şeklen itirazi kayıtla imzalanmış olsa bile idareye verilecek bir dilekçe ile talep konusu açıkça belirtilmedikçe itiraz geçerli sayılmaz ve hak edişler mevcut haliyle kesinlik kazanır.²¹⁸

Bir kısım hakedişlerde, davalı idare ceza uygulandığı halde, davacı yüklenici bunlara usulüne uygun olarak itirazda bulunmadığı için, hakedişler kesinleşmiştir.²¹⁹

YİĞŞ'nin 40'ıncı maddesinde yer alan "kesin hakediş raporunun düzenlenmesinde sadece kesin metraj ve hesaplar sonucunda bulunan miktarlar esas alınır ve bunlarla geçici hakediş raporlarındaki rakamlar arasında bulunabilecek farklara bakılmaz." hükmünden geçici hakediş hesaplamalarının bağlayıcı olmadığı sonucu çıkarılabilir. Bir başka deyişle, ara hakedişlerde yükleniciye fazla ödeme yapılmışsa bu hatalar sonraki hakedişlerde yada kesin hesapta düzeltilbilir ya da bir hakediş döneminde yapılmış işler o hakedişe dâhil edilmemiş ya da eksik dâhil edilmiş ise bu konuda yüklenicinin itirazı olmasa bile söz konusu işler müteakip hakedişlerde ya da kesin hesapta dikkate alınarak bedeli yükleniciye ödenir. Ancak, miktar hesaplamaları dışındaki unsurlara ilgili oldukları hakedişte itiraz edilmemiş ise söz konusu uygulama kesinlik kazanır ve yüklenici ileride bu hususlara ilişkin olarak her hangi bir hak talebinde bulunamaz.

Ayrıca, kesilmesi gerektiği halde ara hakedişlerde sehven kesilmemiş olan gecikme cezası, teknik personel cezası vb. kesintiler kesin hesap hakedişinden kesilebilir. Hataların kesin hesapta da düzeltilmemiş olması durumunda eser sözleşmeleri için geçerli zaman aşımı süresi olan

²¹⁶ Yargıtay 15. HD, T:20.05.2004, E:1959, K:2798

²¹⁷ Yargıtay 15. HD, T:02.06.1994, E:4961, K:3496

²¹⁸ Yargıtay 15. HD, T:24.03.2008, E:1631, K:1863

²¹⁹ Yargıtay 15. HD, T:18.03.1993, E:1310, K:1346

beş yıl içerisinde dava açılmak suretiyle yapılan fazla ödemelerin iadesi talep edilebilir.

...İdarece, ara hakedişlerin bu fiyatlara göre ödenmiş olması, yüklenici yönünden adeta «müktesep hak» diye gösterilmiş, fiyat analizlerinin hiçbir zaman değiştirilemeyeceği kuralına dayanılmıştır. Hâlbuki hadisede iyi niyetin varlığı, takdir ve tartışması Hâkime aittir. Ara hakedişler, kesinlik göstermez. Keşif özetine esas olan fiyat analizlerinde, mükerrer ödemeye yol açacak nitelikte hata bulunduğu kesin hesaptan sonra dahi tespiti halinde, idare fazla ödemeye zorlanamaz.²²⁰

Yüklenicinin, son hakedişe herhangi bir itirazı bulunmadığından artık talepte bulunamayacağını belirtilmiş ise de, hakedişte yer almayan imalatın varlığı halinde, her aşamada talepte bulunabilir. Hakedişe girmeyen işler için, davacının usulüne uygun itiraz etmesi beklenemez.²²¹

Hakedişe giren imalat; davacının, usulüne uygun bir şekilde itirazı olmamışsa, artık bu davayla da olsa, istemde bulunması mümkün değildir. Ancak gerçekleştirilen, İdarece de kabul gören hakedişe girmeyen bir imalat var ise, talep bakımından itirazdan söz edilemez.²²²

YİĞŞ'nin 39'uncu maddesine uygun şekilde itiraz etmeyen yüklenici nakliye mesafesine, klas durumuna, yükleme-boşaltma ve 1986 yılı fiyatlarına göre fark isteyemez.²²³

YİĞŞ'de özel olarak düzenlenmiş bulunan geçici hakediş raporları (md. 39) ile ataşmanlar ve ilgili diğer defterlere (md. 28) itirazın zamanında yapılmış olması gereğidir. Dolayısıyla söz konusu belgelere kendi itiraz süreleri içerisinde itiraz edilmemiş olması yüklenicinin bu husustaki talep hakkını ortadan kaldırır ve aynı konulara kesin hesap aşamasında yapılacak itirazlar dikkate alınmaz.

²²⁰ Yargıtay 15.HD, T:21.12.1990, E:1099, K:5746

²²¹ Yargıtay 15. HD, T:19.10.2004, E.1331, K:5420

²²² Yargıtay 15. HD, T:26.12.2005, E:7330, K:7190

²²³ Yargıtay 15. HD, T:15.04.1992, E:4316, K:1975

Yüklenici; bu ödemenin haklı olduğunu ispat yönünde bir ataşmana dayanmışsa da anılan belgede sadece yüklenici yetkilisinin imzasının bulunduğu, bu itibarla davalı idareyi bağlamayacağı açıktır.²²⁴

Kazı imalatı tamamlanmış ve kontrol mühendisi ile yüklenicinin birlikte imzaladığı ataşman krokileriyle de, kazı miktarı belirlenmiş olmasına rağmen, kazı hesabının 8 no.lu hakedişte yeniden yapılması ve miktarının artması sonucu ... lira fazla ödemede bulunulmuştur.²²⁵

Ataşman kayıtlarına geçmeyen ve fakat yapıldığı iddia edilen işlerden dolayı, yüklenici lehine hüküm tesis edilirken, bilirkişi raporuna göre değil, MK'nun 6. maddesine göre ispat şartına bağlı kalınarak hüküm tesis edilmesi gerekir.²²⁶

BİGŞ'nin 32. maddesi gereğince, yüklenicinin ataşman defterini her herhangi bir itiraz sürmeden imzalamış olması, işin kapsamını ve hesapların doğruluğunu kabul ettiği anlamındadır. O nedenle artık, defterde yer almayan başkaca bir iş için, alacaklı olduğunu ileri süremez.²²⁷

Gök'ün (2013) konu ile ilgili yorumu şöyledir: “Geçici hakedişler bakımından usulüne uygun bir ihtirazi kayıt işlemi tesis edilmemişse, hakedişin o haliyle kesinlik kazanacağı ve esasında hakedilmiş bile olsa sonradan bir kısım taleplerde bulunulamayacağı kuralı geçici hakedişlerin amacına ve düzenleniş yöntemine ters düşmektedir. Dolayısıyla hak düşürücü sonuç yönüyle geçici hakedişlerin değil, kesin hesap ve kesin hakediş raporunun esas alınması şeklinde bir düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır. Geçici hakedişlere usulüne uygun bir ihtirazi kayıt yapılmamışsa yüklenici açısından hak düşürücü bir neticenin ortaya çıkması, bu hakedişlerin idare açısından ise kesinlik arz etmemesi tarafların eşitliği ilkesini zedelemektedir. ...İdarenin hakediş düzenlemeleri aşamasındaki kusur veya ihmaldinden kaynaklı olarak geçici hakedişlere dâhil edilememiş olan alacak ve haklar bakımından ihtirazi kayıt işlemi aranmaması yönünde düzenleme yapılması gerekir. Zira idarenin sonuçları itibariyle kendi kusurundan yararlanması hukuk ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.”

²²⁴ Yargıtay HGK T:26.11.2008, E:2008/15-677, K:2008/716

²²⁵ Sayıştay 1. Dairesinin 11.4.2000 tarihli ve 6847 sayılı kararı

²²⁶ Yargıtay 15. HD, T:10.05.1977, E:2747, K:1092

²²⁷ Yargıtay 15. HD, T:17.06.1974, E:488, K:572

5.15.2. Kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi

İşin geçici kabulü yapıldıktan sonra, kesin hakediş raporunun düzenlenmesine esas olacak kesin metraj ve hesapların tamamlanmasına başlanır. İlgili hükümler YİĞŞ'nin 40'ıncı maddesinde düzenlenmiştir.

5.15.2.1. Mevzuatta yer alan hükümler

YİĞŞ md. 40-(1) Birim fiyat esaslı sözleşmelerde kesin hesaplar aşağıdaki esaslara göre yapılır:

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

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

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

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

(2) Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde; kesin hakediş raporu düzenlenmesine işin geçici kabulü yapıldıktan sonra başlanır ve sözleşme ve eklerinde öngörülen hükümler çerçevesinde kesin hesap işlemleri gerçekleştirilir.

(3) Karma sözleşmelerde, işin götürü bedel ve birim fiyat teklif alınan kısımlarında ilgisine göre birinci ve ikinci fıkradaki hükümler uygulanır.

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

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

(6) İdareler teslim aldıkları kesin hesapları, teslim tarihinden başlamak üzere en çok altı ay içinde inceleyip onaylarlar. Aksi halde yüklenici, varsa itirazlarında haklı sayılacağı gibi, işin kesin kabulü yapılmış olmak şartı ile, kesin hakediş raporunun düzenlenmesini de isteyebilir.

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

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

(9) Kesin hesapların idareye tesliminden sonra idarece incelenmesi sırasında yapılabilecek değişikliklere yüklenicinin bir itirazı olursa itirazlarının yerlerini de açık seçik belirtmek suretiyle bu husustaki karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri 39 uncu maddedeki usuller çerçevesinde dilekçe ile idareye bildirir.

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

(11) Hesap kesme işlemi sonucunda, yüklenici idareye borçlu kaldığı takdirde, borcu genel hükümlere göre tasfiye edilir. Kesin metraj ve hesapların yapılıp onaylanmasına ve kesin hakedişin düzenlenmesine ait yukarıdaki süreler,

ancak mücbir sebeplerle, ihale yetkilisinin onayı ile yeteri kadar uzatılabilir. Bu onay yetkisi alt kademelere verilmez.

5.15.3. Hakediş ödemelerinden yapılacak kesintiler

Bu bölümde, gelir vergisi kesintisi, damga vergisi kesintisi, avans kesintisi, fiyat farkı ek kesin teminat kesintisi, ceza kesintisi, KDV tevkifatı, Sosyal Güvenlik Kurumu kesintisi, geçici kabul noksanları için tutulan %3 kesintisi, birim fiyatlı işlerde kesin hesap farkı olarak tutulan %5 kesintisi, revize fiyat ile sözleşme fiyatı arasındaki fark kesintisi, işçi alacakları, nefaset kesintisi konularına değinilmiştir.

5.15.3.1. Gelir vergisi kesintisi

193 sayılı, Gelir Vergisi Kanununun 42'inci ve 94'üncü maddeleri uyarınca yıllara sari inşaat ve onarım işlerine ait hakediş ödemelerinden Bakanlar Kurulunca belirlenen oranlarda (2009/14592 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına göre uygulanan oran %3) yapılan kesintidir.

Maliye Bakanlığının 29 Kasım 2013 tarihli 27238360-125.15(50-784)-122996 sayılı "Yıllara Sari Onarma İşi" konulu yazısı kapsamında;

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 15'inci maddesinin birinci fıkrasında "vergi kesintisi yapmak zorunda olanlarca kurumlara avanslar da dâhil olmak üzere nakden veya hesaben yapılan ödemeler üzerinden vergi kesintisi yapılacağı, aynı fıkranın a bendinde Gelir Vergisi Kanununda belirtilen esaslara göre birden fazla takvim yılına yaygın inşaat ve onarım işleri ile uğraşan kurumlara bu işleri ile ilgili olarak yapılan hakediş ödemelerinden vergi kesintisi yapılacağı" hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin verdiği yetkiye dayandırılarak çıkarılan 2009/14592 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de bahse konu vergi kesintisi oranı %3 olarak belirlenmiştir.

En son verilen süre uzatımı kararı nedeniyle başlangıçta yıllara sari bir nitelik taşımayan bu onarım işi yıllara sari bir onarım inşaatı işi haline gelmiştir. ..süre uzatım kararı ile yıllara sari hale geldiği tarihten önceki hakedişlerin istihkak bedelleri üzerinden stopaj yapılmayacak, işin yıllara sari nitelik kazandığı tarihten

itibaren düzenlenen hakedişlerin istihkak bedelleri üzerinden stopaj yapılacaktır.²²⁸

193 sayılı Gelir vergisi Kanununun 42'nci maddesinde "Birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat ve onarma işlerinde kar veya zarar işin bittiği yıl kati olarak tespit edilir ve tamamı o yılın geliri sayılarak mezkûr yıl beyannamesinde gösterilir" hükmüne yer verilmiştir. Bir işin anılan Kanununun 42'nci maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için; inşaat ve onarma işi niteliğinde olması, birden fazla takvim yılına sirayet etmesi, taahhüde bağlı olarak yapılması, şartlarının birlikte sağlanması gerekmektedir.

3194 sayılı imar kanununda yapı "Karada ve suda daimi veya muvakkat, resmi ve hususi, yer altı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir." şeklinde tanımlanmıştır.

Onarım işi ise yine yapı tanımına giren taşınmazların eskiyen, bozulan kısımlarının yenilenmesi, değiştirilmesi, düzeltilmesi faaliyetleridir. Dolayısıyla onarılan şeyin mutlaka yapı(eser) niteliğinde olması temel koşuldur (Gök, 2013).

Herhangi bir işin inşaat ve onarım kapsamında sayılması gerekip gerekmediği konusunda bazı itilaflar meydana gelmektedir.

Taşıma işleri (Sayıştay 5. Dairesinin 4388 tutanak sayılı kararı), malzeme hazırlama ve taşıma işleri (Sayıştay Temyiz Kurulunun 25.4.1995 Tarih ve 23673 tutanak sayılı kararı), arazi toplulaştırılması işi (Sayıştay 4. Dairesinin 3.5.1994 tarih ve 27843 tutanak sayılı kararı, Sayıştay 8. Dairesinin 7.1.1999 tarih ve 4274 tutanak sayılı kararı, Sayıştay Temyiz Kurulunun 06.12.2005 Tarih ve 28256 tutanak sayılı kararı), sondaj işleri (Yüksek Fen Kurulu Başkanlığının 10.12.1986 tarih 6-781 sayılı görüşü), kablo ferşi işi (Yüksek Fen Kurulu Başkanlığının 13.01.1986 tarih 2-A/23 sayılı görüşü), termik santrali kömür hazırlama ve kül nakil sistemi imalat, inşaat ve montaj işi (Yüksek Fen Kurulu Başkanlığının 8.02.1984 tarih A-04/2/2-B/188 sayılı görüşü), bahçe ve çim aydınlatma armatürleri teslim ve montajı işi (Bayındırlık ve İskan Bakanlığının 28.9.1999 ve 775 sayılı görüşü), otoyollar yan ve bağlantı yollarında yatay trafik işaretlemesinin yapımı, bakımı ve onarımı işi (Sayıştay 8. Dairesinin 7.1.1999 tarih ve 4274 tutanak sayılı kararı), yer altı kablolu AG+OG elektrik tesisi yapım işi (Maliye

²²⁸ Sayıştay Temyiz Kurulunun 17.06.2014 tarihli ve 39237 sayılı kararı

Bakanlığı Gelirle Genel Müdürlüğünün 04/10/2004 tarihli ve B.07.0.GEL.0.40/4046-28/46410 sayılı muktezası), tarla içi geliştirme hizmetleri içerisindeki sulama tesisi inşaatı (Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğünün 02/07/1998 tarihli ve B.07.0.GEL.0.50/5029-96/24593 sayılı muktezası) 193 sayılı Kanunun 42'nci maddesi kapsamına girmemektedir (Gök, 2013).

Yüklenici kurumlar vergisi mükellefi olsa dahi, yıllara sari yaptığı işlerden gelir vergisi kesintisi yapılması gerekir.²²⁹

Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığının 29.11.2013 tarihli Sayı:2723836-125.15(50-784)-122966 sayılı “Yıllara sari inşaat onarma işi” konulu yazısı şöyledir:

“...193 sayılı Kanunun 42'nci maddesi kapsamına giren işlerde;

Yapılan sözleşmede yapılacak işin yer teslim tarihi öngörülmuş ise yerin teslim edildiği tarih, sözleşmede yer teslim tarihi belirtilmemiş ise sözleşmede belirtilen işin başlangıç tarihi, sözleşmede bunların hiçbiri belirtilmemiş ise sözleşmenin imzalandığı tarihin işin başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerekir.

Aynı Kanunun “İnşaat ve onarma işlerinde işin bitimi” başlıklı 44'üncü maddesinde, inşaat ve onarma işlerinde geçici ve kesin kabul usulüne tabi olan hallerde geçici kabulün yapıldığını gösteren tutanağın idarece onaylandığı tarihin, diğer hallerde işin fiilen tamamlandığı veya fiilen bırakıldığı tarihin bitim tarihi olarak kabul edileceği ve bitim tarihinden sonra bu işlerle ilgili olarak yapılan giderler ve her nam ile olursa olsun elde edilen hasılatın bu giderlerin yapıldığı veya hasılatın elde edildiği yılın kar veya zararının tespitinde dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Buna göre, sözleşmesinde aynı yıl içerisinde bitirilmesi öngörülen Gelir Vergisi Kanununun 42'nci maddesi kapsamındaki bir inşaat ve onarım işinin her ne sebeple olursa olsun aynı yıl içinde sonuçlanmayıp ertesi yıla sarkması halinde, işin yıllara sirayet ettiği tarihten itibaren ödenecek hakediş bedelleri üzerinden Kurumlar Vergisi Kanunu 15'inci maddesi gereğince kurumlar vergisi kesintisi yapılması gerekmektedir. Ancak, başladığı takvim yılı içinde bitmesi öngörülen bir inşaat ve onarım işinin devamı sırasında sözleşmede değişiklik yapılmak

²²⁹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 15.10.1993 tarihli ve 23164 sayılı kararı

suretiyle yıllara yaygın hale gelmesi durumunda sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren bu işe ilişkin hakediş ödemelerinden vergisi kesintisi yapılacaktır.

Diğer taraftan sözleşmeye ertesi yıl bitirileceği öngörülen bir inşaat işinin ek sözleşme yapılarak yılı içerisinde bitirilmesi halinde, ek sözleşmenin idarece onaylandığı tarihten sonra yapılan hakediş ödemelerinden vergi kesintisi yapılmaması gerekmele birlikte ek sözleşme ile başladığı takvim yılı içerisinde tamamlanması işe ilişkin geçici kabul tutanağının idarece onaylanmasının ertesi yıla sarkması halinde yıl içinde vergi kesintileri dolayısıyla zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergilerin cezalı olarak aranacağı tabidir.

Öte yandan; yüklenicinin herhangi bir onay almaksızın sözleşmeye göre ertesi yılda bitirileceği öngörülen işi aynı yıl içerisinde bitirmesi durumunda ise işin Gelir Vergisi Kanununun 42'nci maddesi gereğince yıllara yaygın inşaat ve onarma işi kapsamında değerlendirilmesi ve ödenecek hakediş bedelleri üzerinden vergi kesintisi yapılması gerekmektedir." hükümleri yer almaktadır.

5.15.3.2. Damga vergisi kesintisi

488 sayılı Damga Vergisi Kanunu hükümlerince bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı oran veya miktarlar üzerinden hesaplanan vergi kesintisidir. Damga Vergisi Kanunu'na ekli "1" Sayılı Tablo'nun "I-Akitlerle ilgili kağıtlar" bölümünün 1/a bendinde, belli parayı ihtiva eden mukavelename, taahhütname ve temliknamelerden binde 9,48 damga vergisi kesileceği belirtilmiştir.

Uygulama da genellikle damga vergisine tabi olan/olmayan hususlar tereddüt yaratmaktadır. Aşağıda örnek kararlara yer verilmiştir.

Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığının 23 Şubat 2013 tarihli, SAYI: 77888587-155.01.01.01(765)-15657 sayılı ve "Fesihname, Sulhen Tasfiye Onayı, Tasfiye Sözleşmesi" konulu yazısı uyarınca;

"Sözleşmeye bağlanan bir işin yüklenici tarafından yerine getirilmemesi nedeniyle, İdarenin tek taraflı fesih işlemi için Bakanlık makamından onay alınması ve fesih onayı konulu kâğıdın esas itibarıyla fesihname mahiyeti taşıması nedeniyle içerdiği tutar üzerinden 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1/A-5 fıkrası uyarınca damga vergisine tabi tutulması,

Yükleniciden kaynaklanmayan nedenlerden dolayı yerine getirilememesi nedeniyle tasfiye işlemi için alınan bakanlık onayının, Damga Vergisi Kanununun (1) sayılı tabloda sayılan kâğıtlardan olmaması nedeniyle uyarınca damga vergisine tabi tutulmaması,

Tamamlanmayarak eksik yapılması ve sulhen tasfiyesine karar verilmesi halinde, tasfiye sözleşmesinin içerdiği tutar üzerinden 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1/A-1 fıkrası uyarınca damga vergisine tabi tutulması” gerekmektedir.

Sözleşme ve bağıtlarda yer alan hükümlerle taahhüt konusu işin belirli bir oranda artabileceğinin öngörülmüş bulunması halinde, artan işe ait damga vergisinin, iş artışını belgeleyen kâğıdın tanzimi sırasında alınması gerekir.²³¹

Sürenin uzatılması ile sözleşmenin tekerrürü veya bir iş ilavesi meydana geliyor ve bu artış belli ya da hissedilebilir bir meblağa tekabül ediyorsa, bu meblağ üzerinden ve sözleşmeye uygulanmış bulunan oranda nispi damga vergisi; aksi takdirde sözleşmeden alınmış olan miktarda maktu damga vergisi alınması gerekmektedir.²³²

Ödenek yetersizliği nedeniyle iki kez verilen süre uzatımında, sözleşmenin tekerrürü veya iş ilavesi söz konusu olmadığından damga vergisi alınmaması gerekir.²³³

Alt yüklenici sözleşmelerinin damga vergisine tabi olup olmadığı hususu ile ilgili olarak; Adapazarı Vergi Dairesi Müdürlüğünün B.07.4.DEF.0.34.12/2.44-1934 sayılı özelgesinde; “İncelenmesinden de anlaşılacağı üzere, istisna, ihale makamı ile üstlenici firma arasında gerçekleştirilecek işlemlere ve bu işlemler nedeniyle ibraz edilecek sözleşmelere tanınmış olup, üstlenici kişi veya kuruluşların diğer kişi ve kuruluşlar ile gerçekleştirecekleri işlemlere ilişkin olarak düzenlenecek kâğıtlar kapsama dâhil edilmemiştir. Yazınız ekinde yaralan sözleşmenin incelenmesinden, söz konusu sözleşmenin, Adapazarı’nda yapılmakta olan ... eski imalat binasının hizmet binasına dönüştürülmesi, transit ambarının hizmet binasına dönüştürülmesi ve transit ambarının takviyesi işlerini yapılan ihale sonucu üstlenen... Taahhüt San. ve Tic. Ltd. Şti’nin, üstlenmiş olduğu bu işin bir kısmının... İnşaat Turizm ve Elektrik San. ve Tic. Ltd. Şti’ne yaptırılması ile ilgili olarak, iki firma arasında düzenlenen bir taşeronluk sözleşmesi olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle, söz konusu taşeronluk sözleşmesinin damga vergisi ve harçtan istisna edilmesi

²³¹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 11.01.1973 tarihli ve 3628/1 sayılı kararı

²³² Sayıştay Genel Kurulunun 21.12.1972 tarihli ve 3624/1 sayılı kararı

²³³ Sayıştay Temyiz Kurulunun 17.04.2007 tarihli ve 29343 sayılı kararı

mümkün bulunmamaktadır.” ifadeleri yer almaktadır. Özetle; ihaleyi gerçekleştiren makamının resmi daire olması ve damga vergisinden muaf olmasının yüklenici ile idare arasında akdedilen sözleşmeleri etkileyeceği ancak yüklenici ve alt yüklenici arasında akdedilen sözleşmeleri etkilemeyeceği ve iki tüzel kişinin akdedileceği alt yüklenicilik sözleşmesinden damga vergisi doğacağı belirtilmektedir (Şenöz, 2017).²³⁴

15.03.2017 tarihli ve 30008 sayılı Resmi Gazetede Yayınlanan 2017/9973 Sayılı “488 Sayılı Damga Vergisi Kanununa Ekli (1) Sayılı Tabloda Yer Alan Bazı Kağıtlara İlişkin Damga Vergisi Oranları ve 492 Harçlar Kanununa Bağlı (4) Sayılı Tarifede Yer Alan Bazı İşlemler Üzerinden Alınan Harçlar ile Kaynak Kullanımı Destekleme Fonları Hakkında” konulu Bakanlar Kurulu Kararı ile resmi şekilde düzenlenen kat karşılığı veya hasılat paylaşımı inşaat sözleşmeleri, resmi şekilde düzenlenen kat karşılığı veya hasılat paylaşımı inşaat sözleşmeleri kapsamında yapı müteahhitleri ile alt yükleniciler arasında düzenlenen inşaat sözleşmeleri, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı inşaat işlerine ilişkin danışmanlık hizmet sözleşmeleri ve yapı denetim hizmet sözleşmelerinde binde 9,48 olan damga vergisi oranı “0” sıfır olarak belirlenmiştir.

Konu ile ilgili olarak; Gelir İdaresi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri KDV ve Diğer Vergiler Grup Müdürlüğü’nün Sayı:B.07.1.GİB.4.06.17.02-155[5216]-229258 sayılı ve “Taşeronluk sözleşmesi damga vergisi” konulu yazısı şöyledir: “İlgide kayıtlı özelge talep formunuzda, tamamı kendisine ait arsa üzerine inşaat yapmakta olan ... Hiz. Ltd. Şti. ile şirketiniz arasında demir, beton ve kalıp işçiliği içeren birim fiyatlı taşeronluk sözleşmesi imzalandığı belirtilerek söz konusu sözleşmeye 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli (1) sayılı tablonun A/15 numaralı fıkrası ve 13/03/2017 tarihli ve 2017/9973 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı kapsamında damga vergisi oranının "0" sıfır olarak uygulanmasının mümkün olup olmadığı

²³⁴ Yapım İşi İhalelerinde Alt Yüklenicilik, 2017, <http://pozitifhukuk.org/hakedis-sureci/yapim-isi-ihalelerinde-alt-yuklenici-sozlesmelerinden-damga-vergisi-dogar-mi/> (Erişim tarihi:17.06.2017)

hususunda görüş talep edildiği anlaşılmaktadır. ... Bu durumda, .../.../2017 tarihinde imzalanan taşeronluk sözleşmesinin, resmi şekilde düzenlenen kat karşılığı veya hasılat paylaşımı inşaat sözleşmesi kapsamında yapılan bir sözleşme olmadığı dikkate alındığında, 488 sayılı Kanununa ekli (1) sayılı tablonun "I.Akitlerle ilgili kağıtlar" başlıklı bölümünün A/15 fıkrası kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmayıp; aynı tablonun I/A-1 fıkrasına göre nispi damga vergisine tabi tutulması gerekmektedir."

5.15.3.3. Avans kesintisi

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 35'inci maddesi ve tip sözleşmenin 13'üncü maddesi dip notu hükümleri uyarınca işin ihale dokümanında öngörülmek suretiyle yükleniciye avans ödemesi yapılması durumunda yine tip sözleşmede belirtilen yönteme uygun biçimde mahsup işlemi yoluyla yapılan kesintidir. 4734 sayılı KİK kapsamında gerçekleştirilen ihalelerde avans verip vermeme yetkisi tümüyle idareye aittir.

Tip sözleşmenin "Avans verilmesi şartları ve miktarı" başlıklı 13'üncü maddesi şöyledir:

13.1 (Dipnot 15.1) Avans verilmeyecekse madde metnine " verilmeyecektir" ibaresi yazılacaktır.

(Dipnot 15.2) Avans verilecekse madde metnine "aşağıdaki şartlar dâhilinde verilecektir" ibaresi yazılacak ve aşağıdaki hükümler madde metnine ilave edilecektir.

13.2. Yer teslimi yapıldıktan ve iş programı onaylandıktan sonra yüklenicinin yazılı isteği üzerine verilecek avansla aynı miktar (iş programında öngörülen hakediş ödemeleri üzerinden hesaplanan avans mahsubunun bitiş tarihine süreli) teminat mektubu (Avans teminat mektubu; Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen kapsam ve şekle uygun olacaktır.) veya Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler karşılığında;

a) Şantiyenin kurulması, lüzumlu makine ve ekipmanın nakli,

b) Makine, ekipman, malzeme ve cihazların satın alınması ve siparişe bağlanması,

“[c) Taahhüdün ifası için gerekli ihzarat malzemesinin temini,] teklif birim fiyat ve karma sözleşmelerde bu ibare eklenecektir”

gibi işler için gerekli giderleri karşılamak üzere sözleşme bedelinin yüzde (sözleşme bedelinin 1/3 ünden fazla olmamak üzere bir oran belirlenecektir)..... tutarında avans verilecektir.

13.3. Avans def’aten / dilimler halinde aşağıdaki tarihte / tarihlerde ödenecektir;

(a) [avans dilimi ve tarihi]

(b) [avans dilimi ve tarihi]

(c) [avans dilimi ve tarihi]

.....

13.4. Yüklenici, yukarda belirtilen tarihte / tarihlerde ödenecek avans tutarının tümünü bir defada almak istemezse, bunu ödenmesi kararlaştırılan yıl sonuna kadar peyderpey talep edebilir. Talep edildiği tarihte verilecek avans miktarı, hiçbir şekilde, bakiye işe ait sözleşme bedelinin belirlenen avans oranıyla çarpımından elde edilecek tutarı geçemez.

13.5. Avansın muhtelif sebeplerle öngörülenden geç ödenmesinden dolayı yüklenici İdareden hiçbir suretle süre uzatımı, tazminat ve benzeri taleplerde bulunmamayı taahhüt eder.

13.6. Yüklenicinin avans almak için İdareye yapacağı yazılı başvurusunda, avansı yukarıdaki amaca uygun olarak kullanacağını, bu avansı tahsis edeceği hususlara ait miktar ve tutarları ile itfa tarihlerini bildirmesi ve avans hükümlerine uyacağını taahhüt etmesi şarttır.

13.7. Yüklenici, aldığı bu avansı bildirdiği yerlere sarf ettiğini gösteren fatura suretlerini ve benzeri geçerli belgeleri gün içinde İdareye verecektir.

13.8. İdare, iş programının aksaması veya avansın şartlara uygun sarf edilmemesi veya gün içerisinde işe başlanılmamış olması hallerinde, mahsubu yapılmamış avansı veya bakiyesini, bu halleri takip eden ilk hakedişten def’aten kesmeye, bu yetmediği veya hakedişi bulunmadığı takdirde avans teminatını nakde çevirmeye her zaman yetkilidir.

13.9. Avans mahsubu aşağıda yazılı esaslar dâhilinde yapılır:

13.9.1. Avans mahsup oranı, avans verilme oranının % 50 fazlasıdır.

13.9.2. Avanslar, avansın verildiği tarihten itibaren her bir hakedişin sözleşme bedeline ait tutarına, avans mahsup oranı uygulanarak hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle mahsup edilir.

13.9.3. Mahsup edilen miktar kadar avans teminatı iade edilir.

13.9.4. Eğer varsa, avans bakiyesi son geçici hakedişten yüzde nispetine bakılmaksızın tamamen kesilir. Hakediş tutarı yetmediği takdirde farkı, yüklenici otuz gün içinde nakden öder, aksi takdirde avans teminatı nakde çevrilerek mahsup edilir.

13.9.5. İşin tasfiye edilmesi halinde, yüklenici tasfiye kabul tarihinden itibaren otuz gün içerisinde avans bakiyesini nakden ödemek zorundadır. Bu süre sonunda ödeme yapılmadığı takdirde, avans bakiyesi avans teminatı nakde çevrilerek mahsup edilir.

13.10. Avanslar hiçbir suretle başkalarına temlik edilemez. Avans teminatları haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.

5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu Ön Ödeme Başlıklı 35'inci maddesi hükümleri şöyledir:

Madde 35 : (Değişik birinci fıkra: 22/12/2005-5436/10 md.) "Harcama yetkilisinin uygun görmesi ve karşılığı ödeneğin saklı tutulması kaydıyla, ilgili kanunlarda öngörülen haller ile gerçekleştirme işlemlerinin tamamlanması beklenilemeyecek ivedi veya zorunlu giderler için avans vermek veya kredi açmak suretiyle ön ödeme yapılabilir. Verilecek avansın üst sınırları merkezî yönetim bütçe kanununda gösterilir."

Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir. İlgili kanunların bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır.

Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde ön ödeme şekilleri, devir ve mahsup işlemleri, yapılacak ön ödemelerin idareler ve gider türleri itibarıyla miktarı ve oranlarının belirlenmesi, zorunlu hallerde yapılacak harcamalar için ön ödemenin tutarı ve mahsup süresi, mutemetlerin görevlendirilmesi ve diğer işlemlere ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca hazırlanacak ve Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Diğer kamu idarelerinde ön

ödemeye ilişkin usul ve esaslar bu madde hükümleri dikkate alınmak suretiyle ilgili mevzuatlarında düzenlenir.

Maliye Bakanlığı'nın 29.12.2005 tarihli ve 24414 sayılı yazısı üzerine, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 35'inci maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca "Ön Ödeme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" yürürlüğe konulmuştur.

Bahse konu yönetmeliğin 7'nci maddesine göre: "İlgili kanunların bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklı kalmak üzere aşağıda belirtilen hallerde bütçe dışı avans verilmek veya kredi açılmak suretiyle ön ödeme yapılabilir.

a) Sözleşmelerinde belirtmek ve karşılığında aynı tutarda teminat alınmak koşuluyla yüklenicilere;

1) Mal ve hizmet alımlarında yüklenme tutarının yüzde 10'una, yapım işlerinde ise yüklenme tutarının yüzde 15'ine kadar bütçe dışı avans verilebilir.

2) Yukarıda belirtilen oranların üzerinde avans verilmesini zorunlu kılan durumlarda; genel bütçeli idareler için Bakanlığın uygun görüşü, kapsamdaki diğer idareler için ise üst yöneticinin kararı ile ve aşan kısım için T.C. Merkez Bankasının kısa vadeli avanslara uyguladığı oranda faiz alınmak kaydıyla, yüklenme tutarının yüzde 30'unu aşmamak üzere belirlenecek oranda bütçe dışı avans verilebilir.

3) Verilen avanslar karşılığında alınan teminatlar, yüklenicinin talebi halinde mahsup edilen tutarda serbest bırakılır veya iade edilir.

b) Özel kanunlarında hüküm bulunması durumunda bütçe dışı avans veya kredi şeklinde ön ödeme yapılabilir.

c) Özel kanunlarında öngörülen hükme göre peşin ödenmesi gereken maaş, ücret ve benzeri giderler ile bu Yönetmeliğin 6 ncı maddesi birinci fıkrasının (a) bendinin 4'üncü ve 5'inci alt bentlerinde öngörülen giderlerin ertesi yıl bütçesini ilgilendiren kısmı için bütçe dışı avans verilebilir.

12'nci maddesine göre: "Bütçe dışı avans ve kredilerin mahsubu aşağıdaki esaslara göre yapılır.

a) Yılı içinde sonuçlanacak işler ile ertesi yıla geçen veya gelecek yıllara yaygın yüklenmeler nedeniyle yüklenicilere sözleşmelerine dayanılarak verilen

bütçe dışı avansların mahsubunda şartname ve sözleşmelerinde belirtilen esaslara uyulur.

b) Özel kanunlarındaki hükümlere göre verilen bütçe dışı avans veya kredi şeklinde ön ödemeler, özel kanunlarında ayrıca belirtilmemiş olması halinde avanslarda bir ay, kredilerde ise üç ay içinde belgeleri muhasebe yetkilisine verilmek ve artan tutar iade edilmek suretiyle mahsup edilir.

c) Ertesi yıl bütçesinden karşılanmak üzere aylık, ücret ve benzeri hakedişler karşılığı verilen bütçe dışı avansların mahsup edilmesi gereken tarih, bu giderlerin ilgili mevzuatına göre ödenmesi gerektiği tarihtir.”

Yüklenicilere verilen avansların verilme durumları ile dikkat edilmesi gereken hususlar 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda düzenlenmiştir. Anılan Kanun hükümlerine göre ön ödeme olarak nitelendirilen avanslar kural olarak iki şekilde verilebilmektedir. Birinci olarak bütçe ödenekleri çerçevesinde avans verilmesi, diğeri de bütçe imkânları dikkate alınmadan bütçe dışından verilmesidir. Yukarıda bahsedilen mevzuatlar incelendiğinde; avans üst sınırı olarak,

- Tip sözleşmede; sözleşme bedelinin 1/3 ünden fazla olmamak üzere,
- 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda; yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere,
- Ön Ödeme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte; “mal ve hizmet alımlarında yüklenme tutarının yüzde 10’una, yapım işlerinde ise yüklenme tutarının yüzde 15’ine kadar, bu oranların üzerinde avans verilmesini zorunlu kılan durumlarda; genel bütçeli idareler için Bakanlığın uygun görüşü, kapsamdaki diğer idareler için ise üst yöneticinin kararı ile ve aşan kısım için TC Merkez Bankasının kısa vadeli avanslara uyguladığı oranda faiz alınmak kaydıyla, yüklenme tutarının yüzde 30’unu aşmamak üzere,

farklı oranlar belirlenmiştir. Bu tereddütlü husus, yeni düzenlemelerle ortadan kaldırılmalıdır.

...mal alımlarında yüklenme tutarının % 10'una kadar bütçe dışı avans verilebilmektedir. Bu oranın üzerinde bütçe dışı avans verilmesi, üst yönetici kararı ve aşan kısım için ise TC Merkez Bankasının kısa vadeli avanslara uyguladığı oranda faiz alınması şartlarına bağlanmış olduğu gibi, bütçe dışı avansın yüklenme tutarının % 30'unu üst yönetici onayının aşmaması da mezkur Kanun ve Yönetmelik hükümleri gereğidir ... A.Ş. yüklenimindeki ...alım İşi ile ...işinin sözleşmelerinde, üst yöneticinin onayı ile verilebilecek ön ödeme oranının %30'u aşmaması gerekirken, ...İşlerinde %40 oranında ön ödeme yapılarak...İşinde...TL ve ...işinde ise ...TL yükleniciye fazladan avans verilmiştir. Belirlenen üst limitin fazlası olarak verilen toplamTL'nin yükleniciden faiziyle tahsil edilmesi gerekmektedir.²³⁵

4734 sayılı Kanunun "Teminat mektupları" başlıklı 35'inci maddesinin birinci fıkrasında; "Bu Kanun kapsamında verilecek teminat mektuplarının kapsam ve şeklini tespiti Kamu İhale Kurumu yetkilidir." hükmü yer almaktadır. Açık ihale usulü ile ihale edilen yapım işlerinde uygulanacak tip idari şartnamenin "Avans verilmesi, şartları ve miktarı" başlıklı 47'nci maddesine ilişkin 37 numaralı dipnotunda, verilecek avansla aynı miktar banka teminat mektubu veya Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler karşılığında avans verileceği belirtilmiş ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin eki KİK023.3/Y numaralı standart formda avans teminat mektubuna yer verilmiştir.

.....ihaleye birim fiyat teklif verileceğinden, birim fiyat teklif cetvelinde sayılan malzemelerin temini sonucunda hakediş ödenilmesi gerektiği, bu ödemenin avans olmadığı, dolayısıyla idarece avans adı altında verilecek ödeme aslında hakediş ödemesi olduğundan, bu değişikliğin mahkemece istenilemeyeceğine karar verilen teminat mektubu ile aynı nitelikte bir teminatın başka bir ad altında yeniden istenilmesi olduğu, bu yolla hukukun dolandırıldığı, bu nedenlerle zeyilname ile getirilen bu değişikliklerin mevzuata ve mahkeme kararına aykırı olduğu iddialarına yer verilmiştir...Yukarıda yer verilen Kanun hükmü ve tip idari şartname düzenlemeleri dikkate alındığında; anılan Yönetmelik

²³⁵ Sayıştay 5. Dairesinin 11.07.2017 tarihli ve 258 sayılı kararı

ekinde, söz konusu teminat mektubuna ilişkin standart forma yer verildiği, dolayısıyla Kamu İhale Kurumu tarafından avans teminat mektuplarının kapsam ve şeklinin belirlendiği anlaşıldığından, zeyilname ile, yapılacak avans ödemelerinin mevzuatta yeri olan bir teminat mektubu karşılığında yapılacağı düzenlenmesinin mevzuata aykırılık teşkil etmediği sonucuna varılmıştır. Kaldı ki, idarece, malzeme hazırlığı için avans almak isteyen yüklenicilere teminat karşılığı avans ödeneceği, avans almak istemeyen yüklenici için ise zaten herhangi bir teminat istenilmeksizin montajı yapılan malzemeler üzerinden hakediş ödemelerinin yapılacağı düzenlenerek, isteklilere seçme hakkı tanındığı, bu yönüyle de sözleşme bedelinin büyük bir kısmını oluşturan malzeme gideri için avans verilmesinin, ihaleye katılımın artmasına ve rekabetin sağlanmasına katkı sağlayacağı da açıktır.²³⁶

5.15.3.4. Fiyat farkı ek kesin teminat kesintisi

4735 sayılı KİSK'in "Ek Kesin Teminat" başlıklı 12'nci maddesine göre; "Fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının %6'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınır. Fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminat hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir." hükmü uyarınca fiyat farkı ödenecek bedelin % 6'sı üzerinden hesaplanmak suretiyle yapılan kesintidir.

5.15.3.5. Ceza kesintisi

Sözleşme konusu işin, sözleşmesinde öngörülen sürede bitirilmemesi halinde, gecikilen her takvim günü için, sözleşme bedelinin onbinde üçünden (%0,03) az, on binde altısından (%0,06) fazla olmamak üzere sözleşmede belirlenen oran üzerinden hesaplanan gecikme cezası ile yine ihale dokümanında belirtilen diğer cezalara ilişkin kesintilerdir. Ceza kesintileri, Bölüm 5.9'da ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

5.15.3.6. KDV tevkifatı

Türk Dil Kurumu'na (TDK) göre; kelime anlamı "para konusunda kesinti" dir. Tevkifat; Katma Değer Vergisi Kanununun 9'uncu maddesine

²³⁶Kamu İhale Kurumununun 28.01.2010 tarihli ve 2010/UY.III-381 sayılı kararı (TN: 2010/009, GN: 33)

istinaden Maliye Bakanlığınca çıkarılan Katma Değer Vergisi Genel Tebliği uyarınca, her hakedişten hesaplanan KDV'nin belli bir oranında yapılan kesintidir. Tebliğin 3.2.1.1'nci maddesi uyarınca tevkifat oranı 2/10'dur. 27 Eylül 2017 tarihli ve 30193 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No:14)" ile yapım işleri ile bu işlerle birlikte ifa edilen mühendislik-mimarlık ve etüt-proje hizmetlerinde 2/10 olarak uygulanan KDV Tevkifat oranı 3/10 olarak değiştirilmiştir.

25.10.1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi (KDV) Kanununun 9'uncu maddesinin birinci ve 29'uncu maddesinin dördüncü fıkraları ile 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 120'nci maddesinin Maliye Bakanlığınca verdiği yetkiler çerçevesinde, KDV tevkifat uygulamasına ve bu uygulamadan doğan iade taleplerinin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar 117 seri nolu Katma Değer Vergisi Genel tebliği ile açıklanmıştır.

İşin devamı sırasında, süre uzatılması verilmesi sonucu veya başka nedenlerle "yıllara sarılık" niteliği kazanan işler dolayısıyla, ödenecek hakedişlerden vergi tevkifatı yapılması gerekir.²³⁷

Verilen süre uzatımıyla müteakip yıla sirayet eden iş için ödenen hakedişlerden vergi tevkifatı yapılması gerekir. İşin; fiyat farkı verilmeden, önceki yıl fiyatlarıyla yaptırılması, sarılık vasfını ortadan kaldırmaz.²³⁸

İstihkak sahibine yapılan ve 94'üncü madde de sayılan her türlü ödeme üzerinden, vergi tevkifatı zorunlu olup, tevkifat yapılırken istihkakın mahiyetine, parçalara bölünüp bölünmediğine ve avans olarak ödenip ödenmediğine bakılmaz.²³⁹

Yüklendiğiniz kent güvenlik yönetim sistemi üst yapı kurulum işinin yapım işi olarak değerlendirilmesi ve bu iş nedeniyle düzenlediğiniz faturalarda

²³⁷ Sayıştay Genel Kurulunun 02.06.1996 tarihli ve 3122/5 sayılı kararı

²³⁸ Sayıştay Temyiz Kurulunun 24.6.1997 tarihli ve 24124 sayılı kararı

²³⁹ Danıştay 4. Dairesinin T:18.11.1999, K:781, E: 4167

hesaplanan KDV'nin ... İdaresi tarafından ... oranında tevkifata tabi tutulması gerekmektedir²⁴⁰ (Gök, 2013).

Burada önemli olan husus verilen hizmetler ile “yapım işleri” arasında bir illiyet bağının aranması gerekeceğidir. Bir başka ifade ile yapım işlerinin türevi işler olarak görülecek tesisat, imalat, ihrazat, nakliye, tamamlama gibi işler yapım işleri ile birlikte yapılması halinde yapılan işlemlerin tümüne ilişkin bedel üzerinden KDV tevkifatı uygulanacaktır. Ancak, yapım işlerinin türevi olan işlerin tek başına yapıldıkları durumda tevkifat uygulanmayacaktır. ... yolları ile muhtelif yollar için temel malzemesi ve yıkanmış asfalt mıcırının temini ve yol boylarına nakli yapım işi sadece mıcır temini ve nakliye işi olması nedeniyle 28.02.2004 tarih ve 25387 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan 91 seri no.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'ne göre yapım işi olarak kabul edilmeyerek KDV tevkifatı yapılmamasında mevzuata aykırılık görülmemiştir.²⁴¹

5.15.3.7. Sosyal güvenlik kurumu kesintisi

5510 sayılı Sosyal Sigortalar Genel Sağlık Sigortası Kanununun 90'ıncı maddesine istinaden çıkarılan “Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmelik” uyarınca yapılan sigorta prim kesintisidir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar Genel Sağlık Sigortası Kanununun 90'ıncı maddesi hükümleri şöyledir:

Madde 90- (Değişik birinci fıkrası: 17/4/2008-5754/54 md.) Kamu idareleri ile döner sermayeli kuruluşlar ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kuruluşlar, kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar, ihale yolu ile yaptırdıkları her türlü işleri üstlenenleri ve bunların adreslerini onbeş gün içinde Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

İkinci fıkrası:“(Değişik ikinci fıkrası: 17/4/2008-5754/54 md.) İşverenlerin hakedişleri, Kuruma idari para cezası, prim ve prime ilişkin borçlarının olmaması kaydıyla ödenir. Kesin teminatları ise, ihale konusu işle ilgili olarak Kuruma borçlarının bulunmadığının tespit edilmesinden sonra iade edilir. İşverenlerin, kamu idareleri ile döner sermayeli kuruluşlar, bankalar ve kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar nezdindeki her çeşit alacak, teminat ve hakedişleri üzerinde işçi

²⁴⁰ Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığının 11.11.2011 tarihli ve B.07.1.GİB.4.67.15.01.-2010.KDV-9-43 sayılı muktezası

²⁴¹ Sayıştay Temyiz Kurulunun 21.02.2012 tarihli ve 34440 sayılı kararı

ücreti alacakları hariç olmak üzere yapılacak her türlü devir, temlik ve el değiştirme, Kurum alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder.” şeklindedir.

Üçüncü fıkrasında, “Hakedişlerin mahsubu ve ödenmesi ile teminatların prim ve idari para cezası borçlarına karşılık tutulmasına ilişkin işlemlerin usul ve esasları Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle tespit edilir.”

Beşinci fıkrasında, “Bu maddede belirtilen yükümlülükler yerine getirilmeden hakediş ödenmesi, kesin teminatın iade edilmesi veya diğer işlemlerin gerçekleştirilmesi hallerinde, ilgililer hakkında genel hükümlere göre idarî ve cezaî işlem yapılır.”

“Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmelik”’in hakedişten kesinti ve mahsup başlıklı 6’ncı maddesi hükümleri şöyledir:

(1) İdarece işverenlerin hakedişleri, Kuruma idari para cezası, prim ve prime ilişkin borçlarının olmaması kaydıyla ödenir.

(2) İdare, işverene yapacağı her hakediş ödemesinden önce, işverenin ve varsa alt işverenlerinin Kuruma idari para cezası, prim ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarının olup olmadığını, üniteden yazı ile sorar. Ünitece, işverenin ve varsa alt işverenlerinin muaccel borcunun bulunmadığı hususu idareye bir aylık süre içinde yazı ile bildirilir. Yazı ile bildirilmediği sürece, idare tarafından işverene hakediş ödenmez.

(3) İdare, yaptığı ihaleler sonucunda işverene ödeyeceği her hakediş ödemesinden önce işverenin ve varsa alt işverenlerinin Kuruma idari para cezası, prim ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarının bulunup bulunmadığı hususunda sorgulama yapabilmek için Kuruma yetki başvurusunda bulunabilir. Kurumca bu başvurunun uygun görülmesi halinde idarece, işverene yapılacak her hakediş ödemesinden önce elektronik ortamda işverenin ve varsa alt işverenlerinin Kuruma idari para cezası, prim ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan muaccel borçlarının bulunup bulunmadığı hususunda sorgulama yapılır. İşveren ve varsa alt işverenlerin Kuruma borcu yoksa ayrıca Kuruma yazı ile sorulmaksızın hakediş ödemesi yapılır.

(4) İşveren ve varsa alt işverenler tarafından çalıştırılan sigortalılara ilişkin aylık prim ve hizmet belgeleri Kuruma verilmemiş veya işyerinde sigortalı çalıştırılmadığı takdirde bu husus bir dilekçe ile Kuruma bildirilmemiş ise bu durum Kurumca idareye bildirilir. İdare bu bildirim üzerine ihale konusu işten dolayı tahakkuku olası idari para cezası, prim ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerine mahsup edilmek üzere hakedişten yüzde beş oranında kesinti yapar. Ancak, ihale konusu işyeriyle ilgili aylık prim ve hizmet belgeleri üniteye verildiğinde, Kurum kesinti yapılmamasını idareye bildirir.

(5) İdarece, işveren ve varsa alt işverenlerinin Kuruma idari para cezası, prim ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarına mahsup edilmek üzere yapılan kesinti tutarı, ödeme belgesinde gösterilir. Bu kesinti, ödeme makamınca muhasebe kayıtlarına intikal tarihinden itibaren on beş gün içinde Kuruma veya Kurumun önceden bildirilen banka hesabına yatırılır. Hakediş miktarı, işverenin ve varsa alt işverenlerinin Kuruma idari para cezası, prim ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borcunu karşılamazsa, bakiye borç daha sonra ödenecek hakedişlerden aynı yöntemle kesilerek Kuruma ödenir.

(6) İşverenin ve varsa alt işverenlerinin, prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden dolayı Kuruma olan sorumluluğu; idari para cezası, prim ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarının tamamının hakedişten mahsup edildiği tarihe kadar devam eder.

(7) İdare; hakediş kesintisinin yapıldığı tarihi, tutarını, muhasebe kayıtlarına intikal tarihini, tediye mahallini, banka hesap numarasını, işverenin adını ve soyadını, işveren tüzel kişilik ise unvanını, işyerinin sicil numarasını bir yazı ile ilgili üniteye bildirir. Kuruma ödenen kesintiler toplamının işverenin ve varsa alt işverenlerinin mevcut borçlarından fazla olması halinde, Kurum kesinti fazlalığını işverene iade eder.

(8) Piyasadan hazır halde alınıp satılan işlerle ilgili olarak işi üstlenenlere yapılacak hakediş ödemelerinden önce, işi üstlenenlerin idari para cezası, prim ve prime ilişkin borcunun olup olmadığı Kuruma yazılı olarak sorulur ve bir aylık süre içinde Kurumca yapılacak bildirim istinaden borcu varsa hakedişinden kesinti yapılır.

5510 sayılı Kanunun 90'ncı maddesinin birinci fıkrasından doğan bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kurum ve kuruluşlar ile tüzel kişilere, aynı Kanunun 102'nci maddesinin (g) bendi uyarınca aylık askeri ücret

tutarında idari para cezası uygulanır. İhale konusu iş, piyasadan hazır halde alınıp satılan malın temini ise bu işler idare tarafından kuruma bildirilmez.

5.15.3.8. Geçici kabul noksanları için tutulan %3 kesinti

Yapım işlerinin hakedişlerinde geçici kabul noksanları için yapılan iş tutarının % 3'üne karşılık gelen tutar alıkoyulmalıdır. Bu konudaki esaslar yapım işlerine ait tip sözleşmenin geçici kabul noksanları başlıklı 30'uncu maddesine ait 25 nolu dip not kısmında belirtilmiştir.

I- Madde 30-Geçici kabul noksanları

30.1. 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 onay tarihinden sonra, geçici kabul noksanı bulunan işlerde ise bu eksikliklerin tamamlanmasını müteakip, geçici kabul onay tarihinden sonra yükleniciye ödenir. Fiyat farkı ödenen işlerde bu tutar, sözleşme tarihinden itibaren endeks üzerinden güncelleştirilmek suretiyle kesilir.

II- Madde 30-Geçici kabul noksanları

30.1 Geçici kabul noksanları için düzenlenen her hakedişte yapılan iş tutarının % 3'üne karşılık gelen kısmı karşılığında teminat mektubu alınır ve bu teminat mektubu, geçici kabul noksanı bulunmayan işlerde geçici kabul onay tarihinden sonra, geçici kabul noksanı bulunan işlerde ise bu eksikliklerin tamamlanmasını müteakip, geçici kabul onay tarihinden sonra yükleniciye iade edilir. Fiyat farkı ödenen işlerde teminat tutarı, sözleşme tarihinden itibaren endeks üzerinden güncelleştirilmek suretiyle belirlenir. Yüklenicinin teminat mektubu vermemesi durumunda; düzenlenen her hakedişte yapılan iş tutarının % 3'üne karşılık gelen kısmı tutulur ve bu tutar, geçici kabul noksanı bulunmayan işlerde geçici kabul onay tarihinden sonra, geçici kabul noksanı bulunan işlerde ise bu eksikliklerin tamamlanmasını müteakip, geçici kabul onay tarihinden sonra yükleniciye ödenir. Fiyat farkı ödenen işlerde bu tutar, sözleşme tarihinden itibaren endeks üzerinden güncelleştirilmek suretiyle kesilir.

%3 geçici kabul noksanlığı karşılığı kesintisine esas matrah hakediş tutarı yani yapılan işler listesi toplam tutarı olup matraha KDV dâhil değildir. %3 kesintisi KDV'siz yapılan işler tutarı esas alınarak hesaplanacak ve kesintiler kısmında gösterilecektir. Yapılacak kesinti

tutarı veya alınacak teminat tutarı hakedişi içeriğine yani yapılan imalatlara yönelik bir kesinti olmadığından “Merkezi yönetim/Mahalli idareler Harcama Belgeleri Yönetmelikleri eki olan Örnek No 3-9 kapsamında yapılmayacak olup Örnek No 3-10 kapsamında H-Kesintiler ve mahsuplar sütununda gösterilerek kesilecektir.

Gerek feshedilen ve gerekse de tasfiye edilen işlerde fesih ve tasfiye tarihine kadar yapılan işler sözleşmesi ve ekleri ile fen ve sanat kurallarına uygun yapılmış olma şartlarının durum tespiti sırasında geçici kabulde olduğu gibi aranmasının ve belirlenmesinin esas olduğu bilinen bir husustur. Bu itibarla; bir işte, YİGŞ'nin 48'inci maddesine uygun olarak eksiksiz şekilde ikmal edilen fesih işlemlerinden sonra, ayrıca bir geçici kabulün yapılması bahis konusu olmadığından, eksiksiz yapılan fesih işleminden sonra, işe ait sözleşmenin geçici kabul noksanları başlıklı 30'uncu maddesinde yer alan; “Geçici kabul noksanları için sözleşme bedelinin yüzde üç (% 3)'üne karşılık gelen kısmı tutulur ve bu tutar, geçici kabul noksanı bulunmayan işlerde geçici kabul onay tarihinden sonra, geçici kabul noksanları bulunan işlerde ise bu eksikliklerin tamamlanmasını müteakip, geçici kabul onay tarihinden sonra yükleniciye ödenir. ...” hükmünün uygulanabilir hale geldiği değerlendirilmektedir. Diğer taraftan, YİGŞ'nin 46'ncı maddesine göre hesap kesme hakedişinin yüklenici ile birlikte aynı şartnamenin 41'inci maddesindeki esaslara göre yapılması gerekmektedir. Yapılacak bu kesin hakediş raporu ve hesap kesimi sırasında fesihe kadar yapılan işlerle ilgili olarak hesaplanan toplam bedelden yapılan ödemelerin düşülmesi sonucu sözleşmenin 30'uncu maddesine göre yapılan % 3'lük kesinti de kendiliğinden iade edilmiş olmaktadır.²⁴²

Nihai karar idareye ait olmak üzere, idare açısından ek bir külfet getirmeyeceğinin ve kamu zararı doğurmayacağına tespiti halinde, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ekinde yer alan tip sözleşmenin 30'uncu maddesi uyarınca hakedişten kesinti yapılmak suretiyle idare hesabında tutulan tutarın, yüklenici tarafından anılan tip sözleşme maddesinde belirtilen şartlara uygun olarak sunulacak teminat mektubu ile değiştirilebileceğine...²⁴³

²⁴² Yüksek Fen Kurulunun 30.09.2010 tarihli ve 2010/80 sayılı kararı

²⁴³ Kamu İhale Kurumunun 23.05.2018 tarihli ve 2018/DK.D-105 sayılı kararı (TN:2018/030, GN:7)

5.15.3.9. Birim fiyatlı işlerde kesin hesap farkı olarak tutulan %5

Yapım İşlerine ait tip sözleşmenin geçici kabul noksanları başlıklı 30'uncu maddesine ait 25 nolu dip not kısmında belirtilmiştir.

Dipnot 25: Birim fiyat sözleşmelerde madde metni, aşağıdaki (I) ve (II) numaralı seçenekten biri seçilerek düzenlenecektir:

I- Madde 30- İşin devamı sırasında kesin hesapların yapılması ve geçici kabul noksanları

30.1. Yüklenici, işin birim fiyat teklif alınan kısımlarının kesin hesaplarının zamanında tamamlanmasını teminen işin devamı süresince gerekli elemanı işbaşında bulundurmaya ve her kalem imalatın tamamlanmasını takiben yapı denetim görevlisiyle birlikte hesaplarını hazırlatarak peyderpey tetkik için İdareye vermeye mecburdur. Düzenlenen hakedişlerde; tamamlanmış, ancak kesin hesabı İdareye verilmemiş imalatlara ait tutarların % 5'i tutulur ve kesin hesaplar İdare tarafından onaylanmadıkça bu tutarlar ödenmez.

30.2. İşin anahtar teslimi götürü bedel teklif alınan kısmında, 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 onay tarihinden sonra, geçici kabul noksanı bulunan işlerde ise bu eksikliklerin tamamlanmasını müteakip, geçici kabul onay tarihinden sonra yükleniciye ödenir. Fiyat farkı ödenen işlerde bu tutar, sözleşme tarihinden itibaren endeks üzerinden güncelleştirilmek suretiyle kesilir.

II- Madde 30-İşin devamı sırasında kesin hesapların yapılması

30.1. Yüklenici, kesin hesapların zamanında tamamlanmasını teminen işin devamı süresince gerekli elemanı işbaşında bulundurmaya ve her kalem imalatın tamamlanmasını takiben yapı denetim görevlisiyle birlikte hesaplarını hazırlatarak peyderpey tetkik için İdareye vermeye mecburdur.

30.2. Düzenlenen hakedişlerde; tamamlanmış, ancak kesin hesabı İdareye verilmemiş imalatlara ait tutarların % 5'i karşılığında teminat mektubu alınır ve kesin hesaplar İdare tarafından onaylanmadıkça bu teminat mektubu iade edilmez. Yüklenicinin teminat mektubu vermemesi durumunda ise kesin hesabı İdareye verilmemiş imalatlara ait tutarların % 5'i tutulur ve kesin hesaplar İdare tarafından onaylanmadıkça bu tutarlar ödenmez.

(3) Karma sözleşmelerde madde metni aşağıdaki (I) ve (II) numaralı seçenekten biri seçilerek düzenlenecektir:

5.15.3.10. Revize fiyat ile sözleşme fiyatı arasındaki farkı kesintisi

Sözleşme eki birim fiyat teklif cetvelinde yer alan her hangi bir iş kaleminin miktarında, işin devamı sırasında % 20'yi aşan artışın meydana gelmesi ve toplam artışın aynı zamanda sözleşme bedelinin yüzde 1'ini geçmesi halinde, artışın sözleşme bedeli içindeki payı nispetinde ilgili iş kalemine ait birim fiyat aşağıda gösterildiği şekilde revize edilir ve bu iş kaleminin yüzde yirmi artışı aşan kısmına revize birim fiyat üzerinden ödeme yapılır. Revize fiyat ve ilgili hususlar Bölüm 5.12.2'de ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

5.15.3.11. İşçi alacakları

YİĞŞ'nin "Yüklenicinin Çalıştırdığı Personel" başlıklı, 7'nci bölüm ve 34'üncü maddesinde yer alan hükümler şöyledir:

(1) Yüklenici, yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine uygun olarak, işe aldığı her işçiye, personele ve teknik elemana, bunların adını ve soyadını, işe giriş tarihini, ücretini ve ücretin ödeneceği tarihi gösteren, kendisi veya vekili tarafından imzalanmış usulüne uygun bir karne vermek zorundadır. Ücret miktarı ve ödeme tarihi değişmedikçe bu karne geçerli sayılır. Değişiklik olduğu takdirde yüklenici çalışanlarına verdiği karneyi bu esasa göre, yedi gün içinde değiştirmek zorundadır. Bu yeni karnede önceki bilgilere ilave olarak yeni karnenin geçerlik tarihi mutlaka yazılır.

(2) Yapı denetim görevlisi iş yerinde çalışanlar arasında yüklenici veya alt yükleniciler tarafından ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığını kontrol ederek ücretleri ödenmeyen varsa yükleniciden ve alt yüklenicilerden istenecek bordrolara göre bu ücretlerin yüklenici hakedişinden ödenmesini sağlayacaktır. Bunun için yüklenicinin hakediş istemesi üzerine bu istek ve hakedişin ödeneceği tahmini tarih, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 36'ncı maddesinde yazılı olduğu şekilde ilan olunur. İlanın yapıldığı, yapı denetim görevlisinin ve yüklenici veya vekili ile işçi temsilcisinin imzaladıkları bir tutanakla tespit edilerek bu tutanağın bir sureti hakedişin ödeme yerine gönderilir.

(3) Yükleniciden alacağı olan işçi, personel ve teknik elemanlar, ilan tarihinden başlamak üzere bir hafta içinde yapı denetim görevlisine başvurabilirler. Alacaklar, hakediş raporunun düzenlendiği tarihten önceki (işçi ücretleri ödeme günü öncesindeki) günler için belirlenmiş sayılır. Bu tür

alacakların üç aylık tutarından fazlası hakkında idareye herhangi bir sorumluluk düşmez.

(4) Bildirilen alacak iddiaları, yüklenici veya alt yüklenicinin kayıtları ile varsa puantaj ve daha önceki hesap pusulalarından incelenip anlaşmaya varılan miktarların (üç aylık ücret tutarını geçmemek üzere) yüklenici tarafından bordroya bağlanması sağlanır ve bu bordrolar hakediş raporu ile birlikte ödeme yerine gönderilir. Yüklenicinin hakedişinin ödenmesi gereken kısmından indirilen bu bordro tutarı ayrı bir çekle ödeme biriminin ilgili mutemedine verilir ve bordroda gösterilen alacaklar ilgililere yapı denetim görevlisi, yüklenici veya vekili ile işçi temsilcisinin önünde ödenir, bu husus ayrıca bir tutanakla tespit olunur. Yapılacak tebligata rağmen yüklenici veya vekili ödemede hazır bulunmazsa bu husus tutanakta belirtilir.

(5) Yüklenicinin iş verdiği alt yüklenicilerin gündelikçi, haftalıkçı veya aylıkçı olarak işyerinde çalıştırdığı işçi, personel ve teknik elemanların tamamı da yüklenicinin elemanları hükmünde olup bunların ücretlerinin ödenmesinden de doğrudan doğruya yüklenici sorumludur. Yüklenici, bunların ücretleri hakkında da aynen kendi elemanları gibi ve yukarıdaki fıkralarda belirtildiği şekilde işlem yapmak zorundadır.

(6) Personel alacaklarının kontrol edilebilmesi için yüklenici, teknik ve idareci personeli ile işçilerine yaptığı ödemelerin bordrolarından birer suretini, bordroların düzenlenme tarihinden başlayarak en çok bir ay içinde, yapı denetim görevlisine verecek ve bu bordrolarda teknik ve idareci personel ile işçilerin sanatları ve çalıştıkları yerler, ad ve soyadları ile doğum yerleri ve tarihleri belirtilecektir. Bordrolarda yüklenicinin veya vekilinin imzası bulunacaktır.

(7) Bu tür alacakların tümü para ile ödenir. Para yerine kısmen de olsa marka veya başka bir şeyin kullanılması usulü, yüklenicinin kantinlerinde paradan başka herhangi bir şeyin para yerine kullanılması yasaktır.

(8) Yüklenici çalıştırdığı işçilerin, bu işkolunda veya meslekte aynı veya benzer iş için toplu sözleşme veya mevzuatla kabul edilenlerden daha az elverişli olmayan şartlarda çalışmalarını ve ücret almalarını sağlayacaktır. Ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarının toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilmemiş olması halinde yüklenici, en yakın ve uygun bir bölgedeki işkolu veya meslekteki aynı veya benzer bir iş için toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilenlerden veya yüklenicinin bulunduğu işkolu ve meslekteki benzer işverenlerin verdiği genel seviyeden daha az elverişli olmayan ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarını sağlayacaktır. Yüklenici, varsa alt yükleniciler bu çalışma şartlarının sağlanması için gerekli tedbirleri alacaktır. İş sahibi idare de sözleşmenin devri halinde işi

devir alan yüklenicinin bu çalışma şartlarına uymalarını sağlayacak gerekli tedbirleri alacaktır.

(9) Yüklenicinin sekizinci fıkrada belirtilen çalışma şartlarına uymaması veya bu şartları uygulamaması halinde 47'nci madde hükümleri uygulanır (md.47:sözleşmenin feshi).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 36'ncı maddesinde yer alan hükümler şöyledir:

Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; asıl işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hakedişlerinden öderler.

Bunun için hakediş ödeneceği ilgili idare tarafından işyerinde şantiye şefliği işyeri ilân tahtası veya işçilerin toplu bulunduğu yerler gibi işçilerin görebileceği yerlere yazılı ilân asılmak suretiyle duyurulur. Ücret alacağı olan işçilerin her hakediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez.

Anılan müteahhitlerin bu işverenlerdeki her çeşit teminat ve hakedişleri üzerinde yapılacak her türlü devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takibi bu işte çalışan işçilerin ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder.

Bir işverenin üçüncü kişiye karşı olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş ve tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içindeki ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder.

(Değişik beşinci fıkra: 10/9/2014-6552/3 md.) İşverenler, alt işverene iş vermeleri halinde, bunların işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğini işçinin başvurusu üzerine veya aylık olarak resen kontrol etmekle ve varsa ödenmeyen

cretleri hakedişlerinden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlüdür.”

İşçilerin cretlerinin ödenip ödenmediğini kontrol etmeyen idarelerin, ödenmeyen işçi alacaklarından dolayı sorumluluğu YİĞŞ’ne ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun 36’ıncı maddesinde göre 3 ayla sınırlıdır.

cret alacağı olan işçilerin, her hakediş dönemi için olan ücret alacaklarının, 3 aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen İdarelere herhangi bir sorumluluk düşmez.²⁴⁴

Yüklenicinin iş verdiği taşeronların gündelikçi, haftalıkçı veya aylıkçı olarak iş yerinde çalıştırdığı işçi, personel ve teknik elemanların tamamı da yüklenicinin elemanları hükmünde olup bunların ücretlerinin ödenmesinden de doğrudan doğruya yüklenici sorumludur. Yüklenici bunların ücretleri hakkında da aynen kendi elemanları gibi işlem yapmak zorundadır... Ancak idareye yüklenen bu sorumluk sadece işçi alacakları ile sınırlıdır. Yüklenicinin iş verdiği taşeronların yaptıkları iş karşılığında yükleniciden olan alacakları bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Zira söz konusu alacak yüklenici ile taşeron arasında akdedilen eser sözleşmesine dayalı ticari bir alacaktır. Bu nedenle taşeron belirtilen alacaklarını ancak kendisiyle sözleşme yaptığı asıl yükleniciye karşı ileri sürebilir, idareden herhangi bir talepte bulunamaz (Gök, 2013).

... ihale makamı olan davalı Bakanlığın davacı işçinin ücretinden sorumluluğu işverenin yanında ve yasadan doğan bir sorumluluk olup son 3 aylık ücretle sınırlıdır. Davacı işçinin son 3 aylık ücretinin tahsiline karar verilmesi gerekirken 5 aylık ücretin davalıdan tahsiline karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.²⁴⁵

... davalı işçi merkez şantiyenin 110 km uzağında bir yerde çalışmakta olup şantiye hizmet binasında yapılan ilandan haberdar olduğu yöntemince kanıtlanabilmiş değildir. Öte yandan davacı ihale makamının işçi ücretlerinin ödenip ödenmediği noktasında kontrol yükümlülüğü olup, bu yönde gerekli işlemlerin yapılmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Davacı ihale makamının İş Kanunu’nun 36. maddesi uyarınca sorumlu olduğu kabul edilmelidir.²⁴⁶

²⁴⁴ Yargıtay 21. HD, T:03.11.2009, E:16235, K:14164

²⁴⁵ Yargıtay 9. HD, T:24.02.2011, E:1369, K:4971

²⁴⁶ Yargıtay 9. HD, T:30.11.2011, E:45071, K:46600

... davalı idare ile diğer davalıTic.Ltd.Şti. şirketinin ortağı olduğu ortak girişim arasında "....." konulu anahtar teslim işin yapılmasıyla ilgili yapım işlerine ait tip sözleşme imzalanmıştır. Davacının da davalı ... Tic.Ltd.Şti.'nin alt işverenlerinde bu kapsamda çalıştığı anlaşılmaktadır. Davalı idare, ihale makamı olup somut olay bakımından işveren sıfatına sahip değildir. Bu sebeple davalı idare ile diğer davalılar arasında alt işverenlik ilişkisinden söz edilemez. Şu halde davalı idarenin ihale makamının sorumluluğu kapsamında yukarıdaki esaslara göre davacının sadece son üç aya ilişkin ücret talebinde sorumlu olduğu, diğer taleplerinden ise sorumlu olmadığı göz ardı edilerek davacının tüm taleplerinden davalıların müteselsil sorumluluğuna karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.²⁴⁷

... ihale makamının yaptığı ilan üzerine işçinin başvuruda bulunmaması anılan makamın sorumluluğunu ortadan kaldıran bir durum değildir. Bu nedenle son üç aylık ücret alacağından işverenle birlikte ihale makamı da sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken ihale makamı hakkındaki davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.²⁴⁸

...ihale makamı durumunda bulunan davalı...'nın, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 36'ncı maddesi uyarınca davacının ödenmeyen normal ücret alacağından sorumluluğu bulunmaktadır.²⁴⁹

...davalı İl Özel İdaresi'nin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 36'ncı maddesi uyarınca davacının ödenmeyen ücret alacağından sorumluluğu bulunmaktadır.²⁵⁰

...dava konusu 2006 yılı kasım ayı ücretinin, ihalenin feshinden sonra hakedilmesi nedeniyle 4857 sayılı Yasanın 36' maddesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Aynı konuda talebin reddine ilişkin verilen emsal nitelikte kararlar da Dairemizin 2008/3774 E- 2009/15574 K; 2008/22807 E- 2010/11002 K sayılı onama kararları ile kesinleşmiştir.²⁵¹

YİGŞ'de personel alacakları olarak ifade edilen durum 4857 sayılı Kanunda ücret alacağı olarak belirtilmektedir. Bu düzenlemelerden hareketle, işçilerin işe alınıp çıkartılması hususunda idareleri takdir hakkı bulunmasa da, işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğinin sorumluluğu idarelere verilmiştir. Kıdem tazminatına ilişkin olarak bir kanaatimizce bu sorumluluk sadece ücretle

²⁴⁷ Yargıtay 22. HD, T:20.05.2014, E:23817, K:13700

²⁴⁸ Yargıtay 9. HD, T:02.07.2012, E:21816, K:25381

²⁴⁹ Yargıtay 9. HD, T:04.04.2012, E:1091, K:11247

²⁵⁰ Yargıtay 9. HD, T:23.09.2010, E:2087, K:25642

²⁵¹ Yargıtay 9. HD, T:08.04.2010, E:23988, K:9773

sınırlıdır. Ancak, ücret eklentileriyle birlikte ele alınmalıdır. Yani, söz konusu hizmet alım ihalesinde, aynı veya nakdi yardımlar bulunuyorsa bunların da işçilere ödenip ödenmediğinin kontrolü gerekir.²⁵²

“İhale makamı konumundaki kamu kurumunun işçinin son 3 aylık ücret ve fazla mesai ücretinden sorumluluğu, işverenin yanında ve yasadan doğan bir sorumluluktur.” (Yargıtay 9.HD, E:16235, K:14164) diyerek ücret kavramını bizce doğru olarak geniş yorumlayarak fazla mesai alacağını ücret kavramı içinde değerlendirmiştir.²⁵³

Konu ile ilgili karşıt yargı kararı şöyledir:

İdarenin işçi ücretlerine ilişkin sorumluluğu, yüklenici yanında ve yasadan doğan bir sorumluluktur. Hakedişin ödeneceğinin ilan edilmiş ve işçinin başvurmamış olması idareyi sorumluluktan kurtarmaz. İdarenin sorumluluğunun kapsamı, temel çıplak ücret ile sınırlıdır. Bunun içinde fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri ile ihbar tazminatı kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti yoktur.²⁵⁴

Dairemizin kararlılık kazanılmış olan uygulamasına göre, anahtar teslimi suretiyle ihale edilen işlerde kamu makamlarının fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatili yönlerinden sorumluluğu bulunmamaktadır.²⁵⁵

4857 sayılı İş Kanunu'nun 37'nci maddesinde “İşveren işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek zorundadır. Bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir. Bu işlemler damga vergisi ve her çeşit resim ve harçtan muaftır.” hükümleri yer almaktadır.

Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik ”’de işçi alacakları ile ilgili hükümler şöyledir:

²⁵²<https://www.malihakem.com/analizler/idareleriniscilacaklarinakarsisoru/mluluguan409.html> (Erişim tarihi:31.10.2017)

²⁵³ Yargıtay 9. HD, T:09.10.2003, E:3219, K:16714

²⁵⁴ Yargıtay 9. HD, T:06.05.2010, E:23984, K:12566

²⁵⁵ Yargıtay 9. HD, T:19.01.2010, 2009/120

Madde 10 – (1) İşyerleri ve işletmelerinde İş Kanunu hükümlerinin uygulandığı işverenler ile üçüncü kişiler, Türkiye genelinde çalıştırdıkları işçi sayısının en az 10 olması hâlinde, çalıştırdıkları işçiye o ay içinde yapacakları her türlü ödemenin kanunî kesintiler düştükten sonra kalan net tutarını, bankalar aracılığıyla ödemekle yükümlüdürler.

Madde 11 – (1) Bu Yönetmelik kapsamında banka aracılığıyla ödeme yapması gereken işverenler, işveren vekilleri veya üçüncü kişiler, işyerlerinin bulunduğu mahalde banka şubesi bulunmaması ya da çalışanlara banka aracılığıyla ödeme yapılmasına imkân bulunmaması hâlinde ödemeler, T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü şubeleri aracılığıyla yapılır.

Madde 12 – (1) Bu Yönetmelik kapsamındaki işveren, işveren vekili ve üçüncü kişiler tarafından yine bu Yönetmelikte belirtilen kişilere bankalar aracılığıyla yapılan her türlü ödemelerde ödemelerin niteliği, hesabın açıklamasında belirtilir

Madde 16 – (1) İşçiye, İş Kanunundan veya toplu iş sözleşmesinden veyahut iş sözleşmesinden doğan alacaklarını, bu Yönetmelik kapsamında zorunlu tutulduğu halde bankalar aracılığıyla ödemeyen işverene veya işveren vekiline veyahut üçüncü kişiye, İş Kanununun 102'nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının ilgili birimi tarafından idarî para cezası verilir.

...4857 sayılı İş Kanunu'nun 32'nci maddesinde ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan "Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik" hükümlerine göre, 10 kişiden fazla işçi çalıştıran işyerlerinde ücretlerin bankalar aracılığıyla ödenmesi gerekmektedir. ... İdaresi, işçilere ödenmesi gereken ücretin tamamının gerçekten ödenip ödenmediğine ilişkin bilgiye bir banka ekstresi ile ulaşabilecektir. İdare, bu yola gitmemiş ve işçilerden ücretlerinin tamamını aldıklarına dair ibranameleri kabul etmiştir. 4857 sayılı Kanunun 32'nci maddesi göz önüne alındığında, işçilerden alınan bu ibranameler tek başına yeterli görülmemektedir.²⁵⁶

... şirket tarafından dairenize verilen... tarihli dilekçede, "Firmamızın... tarihleri arası temizlik, çamaşır yıkama hizmetlerini 207 personel ile yürütmektedir. Firmamızın vergi dairesine vergi borcu bulunmaktadır. Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanmış 18.01.2005 sayılı 2005/2 Seri Nolu Tahsilat İç Genelgesinde işçi ücretleri haczedilemez

²⁵⁶ Sayıştay 7. Dairesinin 21.07.2011 tarihli ve 10859 sayılı kararı

denilmektedir. Bu sebeple personel maaşları dışındaki tutarın vergi dairesine gönderilmesi, personel maaşlarının idareniz tarafından ödenmesi için gereğinin yapılmasını arz ederiz.” denilmektedir. Bu itibarla, işçi ücretlerin ödenmesinden sonra kalan hakediş bedelinin mükellefin talebi doğrultusunda ... Vergi Dairesi Müdürlüğü hesabına aktarılması gerekmektedir.²⁵⁷

5.15.3.12. Nefaset kesintisi

TDK’ya göre nefasetin kelime anlamı; “nefis olma, kıymetli olma durumu” iken nefaset bedelinin kelime anlamı; “Yapılan işin anlaşmada öngörülen koşullar içerisinde yapılmaması sonucu işi yaptıranın işi yapana ödeyeceği eksik bedel” dir.

Mevzuatta yer alan hükümler

Mevzuatta nefaset terim olarak yalnızca Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği (YİMKY) 2 numaralı eki olan Yapım İşleri Geçici Kabul Tutanağının 1 numaralı dip notunda ve YİMKY’nin 4 numaralı eki olan Yapım İşleri Kesin Kabul Tutanağının 1 numaralı dip notunda “buraya kabul komisyonu üyelerinin düşünceleri ile varsa kusur ve noksanların kaç maddeden ibaret olduğu, tamamlanması için gereken süre ile varsa nefaset kesintisi tutarı ve gerekçesi yazılacaktır.” şeklinde yer almaktadır.

YİĞŞ 41’inci maddesinin 12’nci fıkrasında yer alan “Geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmeven 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.” hükümleriyle nefasete açıklık getirilmiştir.

²⁵⁷ Gelir İdaresi Başkanlığı Antalya Vergi Dairesi Başkanlığı Tahsilat Müdürlüğü’nün B.07.1.GİB.4.07.17.03/TAH-ÖZG:09-13 sayılı, Hakediş Bedeli Alacaklarında İşçi Ücretlerinin Önceliği konulu Özelgesi, (Erişim tarihi: 20.12.2018) (<http://metinsafaksmmm.com/muhasebeci.asp?id=2331>)

4735 sayılı KİSK'in 36'ncı maddesinde; "Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır." denilerek TBK'nın temel yasa olma niteliği vurgulanmıştır. Mevzuattaki nefaset kavramının da dayanak noktası TBK'dır. TBK madde 475'de ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde hangi seçimlik hakları kullanılabilceği sayılmıştır. Anılan madde uyarınca; "Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde 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." hükümleri yer almaktadır. Görüş ayrılıkları, nefasetin TBK'nın 475'inci maddesinde tariflenen ayıplı iş karşısında seçimlik haklardan ücret indirimi isteme mi yoksa tazminat hakkını kullanmanın mı kapsamında olduğu hususunda ortaya çıkmaktadır.

İnceleme

Mevzuatta yer alan hükümler, nefasetin kusur ve eksikliklerden yani ayıptan doğduğunu ortaya koymaktadır. Bir başka deyişle, nefaset kesintisi yapılabilmesinin ilk koşulu ayıbın varlığıdır. Ayıp, edimden amacına göre yararlanmak mümkün olmakla birlikte, bu yararlanmanın kalitesini düşüren, edimin olması gereken değerini azaltan durumu ifade eder (Öz, 2016).

Ayıbın varlığına ek olarak nefaset kesintisi yapılabilmesi için gerekli ikinci koşul; eserin teslimi yani geçici kabuldür. Kabulü engelleyecek nitelikteki kusurlu ve eksik işler nefasete konu edilmemelidir. 6098 sayılı TBK'nın 475'inci maddesi gereği ayıplı ifadan dolayı yüklenicinin

sorumluluğuna karar verilebilmesi için TBK'nın 474/1'inci maddesinde yer verilen eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünün gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durumda olup, eserin kabulü öncesi durumlar için “eksik iş” veya “noksan iş” ifadesi kullanılabilir (Gürsen, 2016). Noksan işle ayıplı iş birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Mevcut kusur ve eksiklikler teknik olarak düzeltilebilecek/onarılabilecek nitelikte ise ve aşırı bir harcamayı gerektirmiyorsa nefaset kesintisi yerine eksik/aksak hususlar yükleniciye tamamlattırılmalıdır. Hiç yapılmamış durumdaki noksan işlerin nefaset kesintisine konu edilmemesi, yükleniciye tamamlattırılması ve/veya iş eksilişi yapılması gerekmektedir. Sıva, boya zemin ve duvar kaplama, doğrama imalatları vb. tespit edilen; işin projesine, özel ve genel teknik şartnamelere, fen ve sanat kuralarına uygun düşmeyen vasıf ve kalite eksiklikleri nefasete konu edilebilir (Gök, 2013). Noksan ve ayıplı işlerin ayrı ayrı değerleri bulunup bundan müterafik kusur sebebiyle gereken indirim yapılarak yüklenici alacağı hesaplanmalıdır²⁵⁸ (Aydemir, 2009). Eksik işler ve nefaset farkı istenmişse, bunların dışında bir değer farkı talep edilemez. Çünkü bu istemler, değer farkını ortadan kaldırır²⁵⁹ (Aydemir, 2009). Ayrıca, işverenin eseri muayene ayıplarını ihbar yükümlülüğü, ancak eserin fiilen ve hukuki anlamda tesliminden sonra başlayacaktır.²⁶⁰ Nefaset kesintisi yapılabilmesi için gerekli üçüncü koşul, nefaset kesintisine konu kusurlu ve eksik işlerin teknik olarak giderilmesi mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybı gerektiren nitelikte olması gerekliliğidir. TBK'nın 475'inci maddesinde “aşırı bir masraf”, YİĞŞ'nin 41'nci maddesinde ise “fazla harcama” olarak geçen ve kusur ve eksikliklerin yükleniciye ikmal ve ıslah ettirilmesi yerine nefaset kesintisi yapılmasının kriterini oluşturan ifadeden ayıbın giderilmesi için öngörülen masrafların, bu gidermenin iş sahibi için taşıdığı yararlarla orantısız olduğu durumlar sonucu çıkartılmaktadır²⁶¹ (Gök, 2013; Tandoğan, 1987).

²⁵⁸ Yargıtay 15. HD, T:24.02.2000, E:4706, K:1964

²⁵⁹ Yargıtay 15. HD, T:27.04.1999, E:145, K:1654

²⁶⁰ Yargıtay 15. HD, T:13.11.1984, E:1074, K:3475

²⁶¹ Yargıtay 15. HD, T:19.12.1990, E:4829, K:5631

Nefaset kesintisi tanım ve kapsamına ilişkin belirsizliklere aşağıda yer verilmiştir.

Nefaset, ücret indirimi olarak değerlendirildiğinde işin sözleşme bedelinin değişip değişmeyeceği başka bir deyişle kesilen nefaset bedelinin eser bedeline indirim olarak yansıyor yansımayacağı bu düzenlemede net değildir. Aşağıda farklı görüşlere ve yargı kararlarına yer verilmiştir.²⁶²

BK'nın 360/2'nci maddesine göre de, eserdeki ayıp önemli derecede değil ise, yani ayıp eseri kabulden kaçınmayı haklı kılacak derecede önemli bulunmuyorsa, iş sahibi ücretin kıymet noksanı oranında indirilmesini isteyebilir. ... kullanılan boruların niteliği itibariyle ücretten nefaset indirimi yapılmak suretiyle kullanılabilir durumda ise, kesilmesi gereken nefaset miktarı belirlenerek bu miktardaki davanın reddine karar verilmelidir.²⁶³

Eserin eksik ve kusurlu yapılması nedeniyle iş sahibi eksik ve kusurlu işlerin başkasına yaptırılmasından dolayı alacak talebinde bulunabileceği gibi eserin tamamen reddini gerektirmiyorsa iş bedelinin eksik ve kusurlu işlere ilişkin kısmını ödemekten kaçınabilir.²⁶⁴

Borçlar Kanunu'nun 365/1. maddesi gereğince iş bedeli taraflarca götürülerek kararlaştırılmış ise; davacı yüklenici, iş-eseri kararlaştırılan bedelle yapmak zorundadır. Eser, önceden tahmin edilenden daha çok çalışmayı ve gideri gerektirmiş olsa bile, yüklenici, bedelin artırılmasını isteyemez. Götürü bedelli işlerde yüklenicinin hakettiği iş bedeli; uzman bilirkişi ya da bilirkişi kurulu aracılığıyla yerinde keşif ve inceleme yapılarak yüklenicinin işten el çektiği tarih itibariyle ve varsa nefaset farkları da düşülerek tüm işe olan fiziki oranının saptanması, bu oranın götürü bedele uygulanması, çıkan bu miktardan iş sahibinin ödediği miktar varsa düşülmesi suretiyle belirlenir.²⁶⁵

Hakedişler üzerinden kesilen nefaset bedeli kesintileri; bir işin sözleşmede öngörülen standartlara uygun bir şekilde yapılmaması halinde işi yaptıranın işi

²⁶² 6098 sayılı TBK Resmi Gazete'de 04.02.2011 tarihinde yayımlanarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı gün 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁶³ Yargıtay 15. HD, T:23.06.2008, E:4579, K:4160

²⁶⁴ Yargıtay 15. HD, T:12.12.2005, E:7466, K:6769

²⁶⁵ Yargıtay 15. HD, T:16.06.2014, E:5401, K:4156

yapana eksik ödeme yapmasına imkân veren ve cezai şarta benzeyen bir uygulamadır. Bu uygulamada, işi yapanın yaptırana ödeme yapması değil, iş karşılığı ödenecek bedelin düşürülmesi söz konusudur. Dolayısıyla, yapılan bu uygulama sonucunda işi yaptıran lehine bir gelir doğmakta, bu gelir de işi yaptıran açısından bir teslim ve ya hizmet bedeli karşılığında ortaya çıkmadığından katma değer vergisinin konusuna girmemektedir.²⁶⁶

Nefaset kesintisi bir tazminat olup bir kişinin başka bir kişiye verdiği maddi ve manevi zararın tazmini için zarar görene verdiği para olarak tanımlanmaktadır. Tazminat, bir malın veya hizmetin bedeli değildir. Bu nedenle, tazminatı tahsil eden KDV mükellefi de olsa bu tazminat mükellefiyeti ile ilgili bir konudan kaynaklansa bile KDV hesaplanmasının gerekmediği belirtilmektedir (Gürsen, 2016).

Gelir İdaresi Başkanlığı'nın, 14.11.2006 tarih ve 88420 sayılı muktezasında; "...dekorasyon işinde anlaşma şartlarına uyulmaması nedeni ile yapılan tazminat mahiyetindeki nefaset eksikliği kesintisi herhangi bir teslim veya hizmetin karşılığı olmadığından, KDV'ye tabi olmayacaktır." denilmektedir.

Yeminli Mali Müşavir Mehmet MAÇ; taraflarca kabul edilen nefaset farkı, ilgili mal veya hizmetin faturasında iskonto olarak gösterilir ve iskonto nedenini nefaset farkı olduğu belirtilirse, bu iskontonun, KDV Kanununun 25'inci maddesi uyarınca mal veya hizmet bedelinin indirilmesi ve bakiye tutar üzerinden KDV hesaplanmasının mümkün olduğunu belirtmektedir.²⁶⁷

Yalova Valiliği Çevre ve Şehircilik Müdürlüğü resmi internet sitesinde yer alan 19 Temmuz 2016 tarihli karşıt görüş ise şu şekildedir: "Uygulamada özellikle nefaset kesintisinin tazminat mahiyetinde ele alınması gerektiğine ve hakediş arka sayfasında kesintiler kısmında bunun gösterilmesi gerektiğine yönelik değerlendirmelere, açıklamalar ve yorumlar bulunmaktadır. Ancak kanundaki ifadesiyle nefaset kesintisi eser bedelinde indirim olarak ele alındığından hakediş arka sayfasında kesintiler kısmında ele alınmasının hukuki olamayacağını değerlendirmekteyiz. Nefaset kesintisi sözleşme fiyatlarıyla yapılan iş tutarını etkilemektedir. Çünkü işin bedelini etkilemektedir. Neticede,

²⁶⁶ Gelir İdaresi Başkanlığı Şanlıurfa Vergi Dairesi Başkanlığı Vergi ve Anlaşmalar Uygulama Müdürlüğü, Sayı: B.07.1.GİB.4.63.15.01-015-26 T: 16.11.2015.

²⁶⁷ <http://www.denet.com.tr/tr/mehmetmacmakaleleri.php?yil=2009> (Erişim tarihi: 17.04.2019)

nefaset kesintisinin KDV matrahı öncesi kısımda dikkate alınması, eğer kesintiler kısmında gösterilecekse üzerine KDV'nin de eklenmesi gerekir. KDV matrahı oraya konulan yapım işinin bedeli olduğundan ayıp oranında yapım işi bedeli azaldığından, KDV uygulanacak matrah azalmış olacaktır. Nefaset işlemine tek başına bir eşlim veya hizmet olarak bakılmaması gerekir. Bu bakış yanlıştır. Nefaset teslim edilen işin bedelini azaltan bir uygulamadır. Bu şekilde eğer kurgu yapılmaz ise yapım işlerinde iş deneyim belgeleri de hatalı düzenlenmiş olacak ve yüklenici ayıplı eseri sanki tam olarak teslim etmiş gibi bir izlenim ortaya çıkacaktır.”²⁶⁹

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'ne göre "... Ayıp ihbarının süresinde yapıldığının anlaşılması halinde ve varlığının kanıtlanması şartıyla ayıpların bedeli uzman bir bilirkişi marifetiyle hesaplatılmalı, davalının eseri reddetmeyip sadece ayıplı olduğunu savunması nedeniyle BK'nın 360/2 maddesi uyarınca davacı yanca talep edilen iş bedelinden tespit edilecek ayıp bedelinin indirimi yoluna gidilmelidir.”²⁷¹

Yargıtay kararında da görüleceği üzere nefaset kesintisine dayanak ayıp talep edilen iş bedelinden indirim yapılmak suretiyle, iş bedeline yansıtılmaktadır. İş bedelinin 4735 sayılı kanundaki karşılığı ise sözleşme fiyatlarıyla yapılan iş tutarıdır. Gelir İdaresi Başkanlığı 14.11.2006 tarih ve 88420 sayılı muktezası KDV matrahının aşınmasına engel olan veya nefaset kesintisini bir tür tazminat olarak gören yaklaşımları kabul etmemekte, Yargıtay kararlarının olaya yaklaşımının daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.²⁷²

Uygulamada sıklıkla, nefaset kesintisine KDV eklenmeden hakedişten kesinti yapılmaktadır. Ancak, nefaset kesintisi yapılan imalat bedelinden bir düşüş yapılmasıdır. Bir diğer ifadeyle yapılmayan iş karşılığı olarak düşünülmektedir. Dolayısıyla nefaset kesintisi bir cezadan ziyade sözleşme bedelinden yapılan bir indirim çerçevesinde değerlendirilip nefaset bedeline isabet eden tutar kadar KDV'ninde yükleniciye ödenmemesi gerektiği değerlendirilmektedir.²⁷³

²⁶⁹ <http://yalova.csb.gov.tr/nefaset-kesintisi-uygulamasi-haber-220462>
(Erişim tarihi: 17.04.2019)

²⁷¹ <http://yalova.csb.gov.tr/ihale-mevzuati-kisa-bilgi-notlari-nefaset-kesintisi-ve-kdv-uygulamasi-haber-64242> (Erişim tarihi: 31.10.2017)

²⁷² Yargıtay 15. HD, T:13.05.2011, E:7511, K:2896

²⁷³ <http://ihalekararisor.com/degerlendirme.php?id=6&Nefaset-Kesintisinde-KDV-Uygulamasi-DSELCUK-YETIM---SAYISTAY-BASDENETCISI> (Erişim tarihi: 17.04.2019)

Yukarıda verilen kararlar ve görüşler incelendiğinde; nefasete iki farklı yaklaşım tarzı olduğu ve uygulama birliğinin olmadığı sonucuna varılmaktadır. Nefaset kesintisini tazminat olarak gören ve KDV'ye tabi olmadığını kabul eden yaklaşıma göre; nefaset kesintisi Merkezi Yönetim/ Mahalli İdareler Harcama Belgeleri Yönetmeliği eki Örnek No:4/10 eki olan hakediş raporu arka kapağında sözleşme fiyatlarıyla yapılan iş tutarına KDV uygulandıktan sonra KDV'siz şekilde "kesintiler ve mahsuplar" kısmında yapılmaktadır. Nefaset bedelinin eser bedeline indirim olarak yansımaları öngören yaklaşıma göre; nefaset kesintisi Merkezi Yönetim/ Mahalli İdareler Harcama Belgeleri Yönetmeliği eki Örnek No:4/9 eki olan hakediş icmali kısmında "Bu Hakedişten Yapılan Kesinti" kısmında yapılmakta ve nefaset kesintisi düşüldükten sonra kalan tutara KDV eklenmektedir. Bir başka deyişle, aynı tutarda yapılan iş tazminat yaklaşımı uygulandığında nefaset bedelinin eser bedeline indirim olarak yansımaları öngören yaklaşıma göre yükleniciye daha fazla tutar ödenmektedir. Tazminat yaklaşımında diğer yöntemden farklı olarak iş bedeli değişmediğinden iş deneyim belgesi tutarı da değişmemektedir.

TBK'da nefaset kesintisi tutarına veya oranına yönelik bir belirleme yapılmamıştır. Hüküm "ayıp oranında" kelimeleriyle ele alınmaktadır. Benzer şekilde; YİĞŞ'nin 41'inci maddesinin 12'nci fıkrasında yer alan "yüklenicinin varsa hakediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı" ile ifadeleri yine nefaset kesintisinin nasıl hesaplanacağı belirsiz bırakılmıştır. Kabul komisyonunca uygun görülecek bir bedelin kesilmesinden söz edilmektedir. Ancak, nefaset farkının somut verilere dayanması zorunludur. Bunun için nefaset kesintisine konu kusur ve eksiklikler nitelik ve nicelik olarak ayrıntılı belirlenmeli ve kabul tutanağına yazılmalı; nefaset kesintisi de belirlenen bu kusur ve eksikliklerin eserde meydana getirdiği değer azalmasını karşılayacak şekilde tespit edilmelidir (Gök, 2013).

...iş bedeli götürü olarak yanlarca kararlaştırılmış olduğundan; iş teslim edilmiş ya da sözleşme eylemli de olsa fesih olunmuş ise davalının hak ettiği iş bedelinin saptanabilmesi için BK'nın 365'inci maddesi gereğince yüklenici davalı tarafından yapılan işin varsa ayıplı ve kusurlu işler nedeniyle nefaset farkı

tutarı düşülerek tüm işe oranının saptanması, bu oranın iki ayrı iş bedeline uygulanması ve davacının her işten ötürü hakettiği iş bedelinin belirlenmesi gerekirdi.²⁷⁴

BK'nın 360/2'nci fıkrasına göre, işin kusurlu olması ve sözleşmeye aykırı bulunması önemli derecede değilse, iş sahibinin işin değer eksikliği oranında fiyat indirmeye, eğer o işi tamiri büyük bir masrafı gerektirmiyorsa müteahhidi tamir yapmaya mecbur edebilir.²⁷⁵

Taraflar arasında inşaata ilişkin istisna akti vardır. İşin kusurlu olması ve sözleşmeye aykırı bulunması önemli derecede değilse, iş sahibinin işin kıymetinin noksan oranında fiyatı tenzile ve eğer o işin düzeltilmesi büyük masrafı gerektirmiyorsa, yükleniciyi onarmaya zorlayabilir.²⁷⁶

Nefaset tutarı, eser sözleşmesinin kurulması anında eserin ayıpsız olarak veya taahhüt edilen nitelikleri taşıdığı takdirde sahip olacağı değer ile gerçekte içinde bulunduğu ayıplı durumdaki değeri arasındaki orana göre, eser ücretinden indirilmesi gereken tutar olmalıdır (Gürsen, 2016). Nefaset kesintisindeki belirsizliğin yol açtığı diğer bir farklı uygulama; geçici kabulün yapılıp yapılmaması konusunda belirleyici olan %5'lik kusur ve eksiklik oranına nefaset kesintisine konu edilecek kusur ve eksikliklerinde dâhil edilip edilmeyeceği hususunda ortaya çıkmaktadır. Efrail Aydemir'göre; nefaset farkı eser veya malzemenin sözleşmede öngörülen niteliği ile mevcut niteliği yani olması gereken ile mevcut durum arasındaki olumsuzluk farkı olarak tanımlanmakta bu farkın kabul edilebilirlik oranı ise %5 olarak belirtilmektedir. Uygulamada ise bu görüşe paralel olarak nefaset kesintisinin oranı kabule mani olmayan işin %5 oranı olarak kabul edilmektedir (Aydemir, 2009). Bu bağlamda yapım işlerinde nefaset kesintisi tutarı en fazla sözleşme bedelinin %5'i kadar olabilirken, hizmet alımlarında bu oran %5'den fazla olabilir (Arapgirli, 2014).

Yüksek Fen Kurulu'nun karşıt görüşü ise şu şekildedir: "... nefaset olarak da belirtilen ve geçici kabul işlemi aşamasında, karşılığında bir bedel kesilerek, kabulünde teknik olarak bir sakınca görülmeyen kusur ve eksikliklerin giderilmesi için süre verilen ve bedelleri toplamı işin tamamına ait bedelin %5'inden

²⁷⁴ Yargıtay 15. HD, T:08.02.2007, E:1132, K:706

²⁷⁵ Yargıtay 9. HD, T:21.03.1963, E:2274, K:2225

²⁷⁶ Yargıtay 15. HD, T:15.10.1979, E:2043, K:2067

fazla olmaması gereken kusurlu ve eksik işlerin içine dahil edilmemesi gerektiği, ayrıca teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen kusur ve eksiklikler için tespit edilmiş bir puan seviyesi veya yüzdenin olmadığı görüşüne varılmıştır.”(Gök, 2013).

YİĞŞ 41/4’üncü maddesinde, “Kabul komisyonunun oluşturulması ve işyerine gönderilebilmesi, yapılan işin kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri toplamının işin sözleşme bedelinin %5’inden 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.” hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla kabule mani olabilecek eksiklikler giderilebilir, onarılabilir eksikler olup bu eksikliklerin %5’den fazla olması durumunda geçici kabul yapılmaz. Oysa nefasete konu olan “teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve işin idareye teslimini ve kullanılmasını ve/veya işletilmesini engellemeyen, giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren” kusur ve eksiklikler, kabule mani %5 eksiklikler kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi bu kapsamdaki eksikliklerin toplam tutarın işin toplam bedelinin %5’inden fazla olması halinde dahi bu durum kabule engel olmayacaktır.

Nefaset kesintisi bedeli hesaplama yöntemine ilişkin belirsizliklere aşağıda yer verilmiştir:

Nefaset bedelini belirlemek görevi kabul komisyonuna verildiğinden yeni birim fiyat tespitinde olduğu gibi sürece yayılı tespit yapılamayacağı açıktır. Nefaset bedelinin ayıba konu iş kalemi toplam bedeli/işin toplam bedeli esas alınarak bir oran üzerinden mi yoksa serbestçe mi belirleneceği; malzemenin sözleşmeye, fen ve sanat kurallarına uygun ancak işçiliğin kusurlu olduğu durumlarda ise nefaset kesintisinin sadece işçilik oranından bir indirim yapılarak mı yoksa kusurlu imalatın sökülüp yeniden yapılması düşünülerek kıyasen mi yapılacağı, özetle; eserdeki değer azalmasının hangi ölçütlere göre hesaplanacağı belirsizlik taşımaktadır. Bedel indiriminin hesabında aşağıda belirtilen 4 yöntem mevcuttur (Öz, 2016).

1. Tazminat yöntemi

Bu yöntemde ayıbın giderilmesi için gerekli masraflar bulunur ve bedel bu miktarda indirilir. Örneğin bozuk tesisatın yaptırılması 10.000 TL'ye mal olacaksa 200.000 TL bedel 190.000 TL'ye indirilecektir. Bu yönde Yargıtay kararlarına rastlanmaktadır. Uygulamada bilirkişilerin “nefaset farkı” adı altında başvurdukları yönteminde bu olduğu anlaşılmaktadır. Zira mahkeme kararlarına esas bu tür raporlarda bilirkişiler, ayıbın giderilmesi için gerekli malzeme ve işçilik masraflarını bulmakta ve bedeli bu kadar indirmektedirler.

2. Mutlak indirim yöntemi

Bu yöntemde yapının ayıplı halinin değerinin şayet ayıpsız olsaydı taşıyacağı değerden farkı kadar bedel indirilir. Bozuk tesisatlı yapının piyasa değeri. 280.000 TL iken şayet tesisatı mükemmel olsaydı 300.000 TL edecek idiyse, aradaki 20.000 TL fark göz önüne alınarak 200.000 TL bedel 180.000 TL'ye indirilecektir. En az uygulanan yöntem budur. Yapının ayıplı ve ayıpsız piyasa değerini takdir etmek güçtür.

3. Oransal (nispi) indirim yöntemi

Öğretide en çok benimsenmiş ve kabul görmüş yöntemdir. Bu yöntemde yapının ayıpsız olsaydı taşıyacağı değer ile şimdi ayıplı olduğu için taşıdığı değer arasında orantı kurulmakta bu orantı sözleşmedeki bedele uygulanarak indirim yapılmaktadır. Örneğin, ayıplı haliyle 300.000 TL değerindeki bir yapı ayıpsız olsaydı 400.000 TL piyasa değerine sahip olacak ise ve sözleşmedeki bedel 200.000 TL ise; $300.000/400.000=3/4$; $200000*3/4=150.000$ TL indirilmiş yeni bedel (indirilen miktar:50.000 TL) olacaktır. Bu yöntemin de zorluğu, yapının ayıplı ve ayıpsız piyasa değerinin saptanabilmesidir.

4. Maliyete göre hesaplama yöntemi

Bu yöntemde göre, yapının tamamlanmasına kadar malzeme ve işçilik olarak toplam maliyeti hesaplanmakta, ardından ayıp oluşturan yetersizliğin düzeltilmesi için gereken masraf hesaplanmakta, bu masrafın toplam maliyete oranı kadar bedel indirilmektedir. Örneğin; sözleşmede 200.000 TL bedel kararlaştırılmış ve gerçekleşmiş toplam maliyeti 100.000TL olan yapıda ayıbın giderilmesi masrafı 50.000 TL olacak ise $50.000/100.000=1/2$; $200.000*1/2=100.000$ TL bedel indirimi yapılacaktır.

Yargıtay 13'üncü Hukuk Dairesinin konuya ilişkin görüşü ise şu şekildedir: "Satış bedelinden indirilecek miktarın tespitinde, doktrinde, "mutlak metod", "nisbi metod" ve "tazminat metodu" adıyla bilinen değişik görüşler mevcutsa da, gerek Dairemiz gerekse Yargıtay tarafından öteden beri uygulanan "nispi metod" olarak adlandırılan hesaplama yöntemi benimsenmektedir. Bu metoda göre; satış tarihi itibarıyla satılanın, ayıpsız ve ayıplı değerleri arasındaki oranın, satış bedeline yansıma miktarı belirlenmektedir. Başka bir ifade ile satılanın, tarafların kararlaştırdıkları satış bedeli gözetilmeksizin, satış tarihi itibarıyla gerçek ayıpsız rayiç değeri ile ayıplı haldeki rayiç değeri ayrı ayrı belirlenerek, bu iki değer birbirine bölünmesi suretiyle elde edilecek oran, satış bedeline uygulanmaktadır. Somut olayda; bu hususlar gözetilmeksizin bilirkişiler tarafından yapılan yanlış hesaplama yöntemine itibar edilerek karar verilmiştir. Bilirkişilerin yaptığı hesaplamanın Dairemizin benimsediği nispi metoda uygun olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar ışığında bilirkişi raporu alınıp Dairemizce uygulanan nispi metoda göre hesaplanan değer azalmasının belirlenerek hâsıl olacak sonuca göre uygun bir karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." ²⁷⁷

Nefaset kesintisi bedelinin tespitinde; belli bir imalat iş kaleminin toplam bedeli, veya işin toplam bedelinin kullanıldığı yargı kararları bulunmaktadır.

²⁷⁷ Yargıtay 13. HD, T:26.12.1997, E:7580, K:10870
(<https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/97312/ayipsiz-ve-ayipli-degerleri-arasindaki-oranin-hesa/> Erişim tarihi: 18.06.2019)

Mahkemece bilirkişi raporuna dayanılarak taraf defterlerine göre davacının tüm alacağı üzerinden nefaset kesintisiyle yapılan hesaplama sonucu asıl davanın aynen kabulüne karar verilmiştir. Oysa asıl davada montaj işleminin bedelinin istendiği açıklanmış, gerek tespitte alınan raporda gerekse hükme dayanak bilirkişi raporunda montaj işçiliği nedeniyle ayıplar saptanmış %10 nefaset kesintisi uygun bulunmuştur. Bu durumda, asıl davada montaj işçiliği bedelinden %10 oranında nefaset kesintisi yapılarak kalan miktar üzerinden hükme varılması gerekirken, bilirkişi raporuna bağlı kalınarak davanın aynen Kabul edilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, bozulması uygun görülmüştür²⁷⁸ (Gürsen, 2016).

Nefaset kesintisinin tutarını, nesnel ölçülerle belirlemek çok zordur çünkü eser iş sahibinin istediğinden farklı olsa da aynı derecede işe yaramaktadır. Fakat istenilen hale getirilmesi eserin kıymetinde kayda değer bir artış yaratmamasına rağmen aşırı bir masraf gerektirmektedir. Nefaset tutarının, sözleşmesindeki ödemeye esas bedeller üzerinden tespit edilmesi gerekmektedir. Bu konuya ilişkin görüşler ise şu şekildedir:

Borçlar Yasası'nın 366'ncı maddesi hükmü gereğince işin yapıldığı tarih itibariyle piyasa rayiçlerine göre iş bedeli belirlenmeli, yapılan iş bedelinden varsa ayıplar sebebiyle nefaset farkı saptanarak bedelden düşülmeli ve ayrıca davalı tarafından davacıya iş bedeline mahsuben ödeme yapılmışsa yapılan ödemelerin de indirilmesi sonucu davacının hak ettiği iş bedelinin ödetilmesine karar verilmelidir.²⁷⁹

Yapım işinin tamamlanmış olması nedeni ile sökülmesi ve değiştirilmesi mümkün olmayan projesinden farklı yapılan imalatlar ve kusurlar için yüklenicinin toplam sözleşme bedeli üzerinden %1 nefaset kesintisi yapılmasına ...²⁸⁰ (Gürsen, 2016).

01.09.1999 tarihinde geçici kabulü 01.09.2000 tarihi itibari ile de kesin kabul muayenesi yapılan işte, kesin kabul itibar tarihi ile nefaset tutarının 2002 yılına

²⁷⁸ Yargıtay 15. H.D. T: 29.12.2011, E:2011/1511, K:2011/8097

²⁷⁹ Yargıtay 15. HD., T:15.12.2005, E:7298 K:6856

<http://ihalekararisor.com/yazi.php?id=447&Gizli-ayip-ne-anlamagelmektedir>.Erişim tarihi:08.10.2018)

²⁸⁰ Sayıştay 8. Dairesi, 12.04.2011 tarih ve 6947 sayılı ilamı

güncelleştirilmeden, kesin kabul heyetince sözleşmesindeki ödemeye esas bedeller üzerinden tespit edilmesi gerektiği görüşüne varılmıştır.²⁸¹

... davalının kusurlu imalat yaptığının ve güçlendirilmesi gerektiğinin belirlenmesi halinde ise gizli ayıbın ortaya çıktığı tarihteki 2002 yılı mahalli rayiçleriyle saptanacak güçlendirme bedelinin davalıdan tahsiline karar verilmelidir.²⁸²



²⁸¹ Yüksek Fen Kurulu B.09.0.YFK.O.00.00.00/ 2/ 157 sayılı, 04 Şubat 2003 tarihli, Nefaset kesintisi konulu görüşü

²⁸² Yargıtay 15. H.D. T:28.11.2011, E: 2010/544, K:2011/6965
(<http://www.ihalece.com/AnalizDetay.aspx?analizId=22#sthash.ZtvsfkV0.dpbs> Eriim tarihi:18.04.2019)

6. DEĞERLENDİRMELER

Bu bölümde incelenen mevzuat ve yargı kararlarına ilişkin değerlendirmeler sunulmaktadır.

Genel olarak;

- Mevzuat, yapı denetim görevlilerin her gün inşaat mahallinde olduğu yaklaşımla düzenlenmiştir. Günlük olarak tutulması gereken defterler bunun bir kanıtıdır. Ancak; sürveyan kadrosu bulunmayan Kurumlardaki işlerde bu husus pek de mümkün görünmemektedir. Kamuda çalışan teknik personelin en fazla kaç adet işte kontrollük yapabileceği, kontrol edebileceği azami metrekare ya da birden fazla şehirde kontrollüğünün bulunmasına ilişkin düzenleyici maddelere ihtiyaç duyulduğu düşünülmektedir.
- Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesine dayanarak onun bir alt yönetmeliği olarak düzenlenmiştir. Kontrol mühendisi, kontrol amiri, kontrol şefi gibi terimlerin Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki karşılığının yapı denetim görevlisi olması sebebiyle Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği yürürlükten kaldırılarak yerine Yapım İşleri Kontrol Yönetmeliğini adı altında yeni bir düzenleme yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

Projeler ile ilgili olarak,

- Anahtar teslim projelerde mevzuat, hatasız ve eksiz bir uygulama projesi üzerine kurulmuştur. Oysaki birçok kamu kurum ve kuruluşun yapım işlerini yürüten biriminde ayrı bir proje biriminin bulunmaması, personelin proje yapımı konusunda tecrübeli ve meslek içi eğitim ile desteklenmemiş olmaları ve yetersiz sayıda personel ile kısıtlı sürede çalışma yapılması gerektiği durumlarda, sözleşme

uygulanmasında projeye bağılı ortaya çıkabilecek sorunların temeli atılmış olmaktadır. Her ne kadar kimi proje ve tasarım işlerinde 4734 sayılı yasanın 48'inci maddesine göre danışmanlık hizmet alımı ihaleleri ile hizmet alma yoluna gidilse de kurum ve kuruluşların kısıtlı ödenekleri ile bu husus her zaman mümkün olmamaktadır. Kamu kurum ve kuruluşun yapım işlerini yürüten birimlerin kendi bünyesinde proje birimlerini oluşturmaları, gerekli lisanslı programları temin ederek teknik personeli meslek içi eğitimlerle desteklemeleri bir çözüm yöntemi olarak görülebilirse de yapılan hatalardan ders çıkararak kurumsal hafızanın, profesyonelliğin ve standardizasyonun sağlanması, kamu ihtiyaçlarının belli standartlarda ve uygulama birliği içinde güvenli, sağlam, teknolojik, tüm ihtiyaçları karşılayan fonksiyonellikte, ekonomik şekilde yapılabilmesi ve sözleşme uygulamalarının en az hata ile yürütülebilmesini sağlayacak düzenlemelerin araştırılması gerekmektedir.

- Uygulama projelerinin yapım işini yürüten yükleniciye yaptırılmayıp ayrı bir hizmet alımı şeklinde hazırlatılarak yükleniciye teslim edildiği durumlarda ortaya çıkan proje hatalarında; projeyi hazırlayan yüklenici ile uygulayıcı yüklenici arasındaki sorumluluğu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Yer teslimi ile ilgili olarak,

- İdareden kaynaklı gecikmelerle zamanında yapılamayan yer tesliminin yükleniciye süre uzatımı hakkı doğurup doğurmayacağı ve süre uzatımı hakkı doğmuşsa yüklenicinin süre uzatımı dışındaki fiyat farkı, tazminat vb. taleplerinin karşılanıp karşılanamayacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

- Yapı denetim görevlisi/örgütü yanında yapı denetim ekibi dışından kişilerin de dâhil edilip edilmeyeceği hususu netleştirilmelidir.
- Yer teslim zamanının tespitinde sözleşmenin imzalandığı günün süreye ve yer tesliminin yapıldığı günün işin süresine dâhil olup olmadığı hususunu netleştirmek adına sözleşmenin ilgili maddesinde yer alan “sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren” ifadesinin “sözleşmenin imzalandığı tarihten sonraki ilk iş günü” ifadesi ile değiştirilerek sözleşmenin imzalandığı günü ve/veya işin süresine yer teslim tarihini dâhil edilmemesi sağlanmalıdır.
- İdarelerce ihalelerin zamanında yapılması, birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliği olan işlerde (doğal afetler nedeniyle yapılması gerekenler hariç) ise yılın ilk dokuz ayında sonuçlandırılmasının ihmal edildiği ya da idareden kaynaklanmayan nedenlerle bahse konu kuralın uygulanamadığı durumlarda izlenecek yol mevzuatta belli değildir. Bir başka deyişle; ödeneğin kullanılmasına imkân sağlayacak şekilde ihale süreci sonuçlandırılmadığında (yer tesliminin iklim şartları bakımından çalışılmayan devrede ya da ertesi yılda gerçekleşmesi halinde) süre uzatımı ve fiyat farkı hakkının doğup doğmayacağı hususu netleştirilmelidir.

Aplikasyon ile ilgili olarak;

- Çelişkili, tartışmalı, eksik/aksak husus tespit edilmemiştir.

Malzeme ocakları ile ilgili olarak;

- Çelişkili, tartışmalı, eksik/aksak husus tespit edilmemiştir.

Yüklenicinin teknik personel yükümlülüğü ile ilgili olarak;

- YİĞŞ md. 19.9’da belirtilen “işin devamı sırasında geçici olarak işyerinde bulunması gereken teknik personelden” kastın iş programına göre kendi dönemlerinde bulunmaları yeterli olan teknik personel olup olmadığı hususu netleştirilmelidir.
- Teknik personelin sigortalı olarak çalışmadığının ya da iş programına göre bulunması gereken tarihten sonraki bir tarihte sigortalı olarak işe başladığının tespit edilip ancak teknik personelin şantiye mahallinde bulunmadığına dair fiili bir tespit bulunmadığı hallerde teknik personel gecikme cezası kesilip kesilmeyeceği hususu tereddüte yol açmaktadır.
- Yapı denetim görevlisince şantiye mahalline gidilip tespit yapılmamış olsa dahi giriş çıkışın kontrollü olduğu bölgelerde (askeri güvenlik bölgeleri gibi) giriş çıkış defterlerine veya kamera görüntülerine dayalı tespitle istinaden teknik personel bulundurmama cezasının gündeme gelip gelmeyeceği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır.
- YİĞŞ md. 19/8’e istinaden her ne kadar İdarenin teknik personel işin başına gelene kadar işi durdurma yetkisi olsa da pratikte her zaman bu uygulamayı yapmak mümkün olmamaktadır. İşin tüm süresi boyunca uygulanacak teknik personel cezasının teknik personel maaşının altında kaldığı durumlarda yüklenicinin teknik personele maaş vermek yerine ceza ödemeyi tercih etmesini engellemek adına “Belirlenen teknik personel gecikme cezalarının hiç bir durumda teknik personelin alabileceği günlük asgari tutarın

altında olamayacağı” hususunun tip sözleşmede yer almasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Alt yükleniciler ile ilgili olarak;

- İşin tamamının alt yüklenicilere yaptırılmaması kaydıyla alt yüklenicilerin yapacağı kısımların işteki oranının azami bir sınırı bulunmamaktadır.
- Sözleşmede ek hüküm olmadığı haller itibariyle sözleşme konusu işte, sadece uzmanlık gerektiren imalatlar için alt yüklenici çalıştırılmasına ilişkin mevzuat boşluğunun doldurulması ve alt yüklenici kabul/ret kriterlerinin, uzmanlık şartı da göz önünde bulundurularak daha açık bir hale getirilmesi gerekmektedir.

İşin ve iş yerlerinin korunması ve sigortalanması (Bütün riskler sigortası) ile ilgili olarak;

- YİĞŞ’de bütün riskler sigortasının idareye hakedişten önce değil de yer teslim tarihinde sunulmasını sağlamak adına bütün riskler sigortasının bir nevi yer teslim tutanağı belgesinin eki olması gerektiği ve bütün riskler sigortası yaptırılmadan idarece yer tesliminin yapılmayacağı” yönünde ifadelere yer verilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.
- Dere ıslahı, taşkın koruma gibi doğa olaylarının etkili olduğu işlerde ve yıkım işlerinde genel olarak bütün riskler sigorta düzenlenmesinde zorluklar yaşanmakta sigortanın işin başından sonuna kadar geçerli olması gerekmekte olup bu kapsamda, daha uygulanabilir yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

İş programı ve ödenek dilimleri ile ilgili olarak;

- Sözleşmenin feshini gerektirmemekle birlikte yapım işinin gerçekleştirilmesi sırasında iş programına aykırı davranışlar sonucunda yaşanacak aksaklıkları önlemek amacıyla ihale dokümanında iş programına göre gecikme cezası hususunda düzenlemeler yapıp yapılmayacağını; yapılacaksa performans hesabının ne şekilde yapılacağı hususunda açık bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir.
- Ödenek dilimleri oran olarak idari şartnamede, parasal tutar olarak sözleşmede belirtilir. Ödenek aktarımı yapılması gereken durumlarda uygulamaya yön verebilecek nitelikte standart bir hesaplama yöntemi bulunmamaktadır. Günlük harcamayı bulurken toplam sözleşme bedelinin toplam süreye bölünmesi, ilk yıl ödeneğinin doğrudan son yıla aktarılması, kullanılacak günlük harcama tutarının son yıl ödeneğinin o yıla ait çalışılabilir süreye bölünmesi gibi farklı uygulamalar yapmak mümkün olduğundan açık bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir.

İşin süresi, süre uzatımı ve gecikme cezası ile ilgili olarak;

- Günlük gecikme ceza matrahına iş artışlarının da dâhil edilip edilmeyeceği hususu tartışmalıdır. Gecikme ceza matrahına iş artışlarının dâhil edilmesi durumunda aynı doğrultuda iş azalışlarının da dikkate alınması gerektiği ancak bu uygulamanın amacına uygun olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır.
- Verilen ek sürenin meydana gelen iş artış oranıyla işin sözleşmede kararlaştırılan toplam sürenin karşılaştırılması yoluyla mı bulunacağı; yoksa işin toplam süresinden

bağımsız olarak mı belirleneceği hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

- İş artışında yükleniciye ilave süre verilmesinden yola çıkılarak iş eksilişinde toplam sürede indirimle gidilip gidilmeyeceği hususunda tereddütler bulunmaktadır.

Fiyat farkı ile ilgili olarak;

- İdari şartnamede fiyat farkı verilemeyeceğine dair bir hüküm bulunup sözleşmede fiyat farkı verileceğine dair bir hüküm bulunduğu; fiyat farkı verilip verilmeyeceği hususu net değildir.
- İşin nitelik ve kapsamına göre imalatta kullanılacak malzemelerin niteliği ile iş programına göre malzemenin kullanılacağı safha dikkate alınarak, fiyat farkı hesabına esas b1, b2, b3, b4 ve b5 değerleri için imalatın farklı aşamalarında uygulanmak üzere farklı endeksler belirlenebileceği gibi, bu değerlerin her biri için yukarıda sayılanlar arasından aynı anda birden fazla endeks de belirlenebilir. Ağırlık oranını gösteren sabit katsayılarından biri, birkaçı veya tamamı kullanılarak, yapım işinin farklı bölümleri/aşamaları için toplamları bire (1.00) eşit olacak şekilde farklı fiyat farkı katsayıları belirlenebilir. Ancak, bahse konu endekslerin ağırlığının nasıl hesaplanacağı ve sabit katsayılara nasıl yansıtılacağı hususunda bir düzenleme mevcut olmadığından açık bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir.
- Yeni birim fiyata konu iş kalemi için söz konusu işte fiyat farkı verilip verilmemesine göre ödeme tutarının değişmesi gerekçesiyle Kararnamenin 6/8 maddesindeki uygulama ayı rayiçlerine göre tespit edilen yeni birim fiyatın Pn katsayısına

bölüneceği hükmü, söz konusu fiyatın $(1 + (0,90 \times (P_n - 1)))$ formülüne göre hesaplanan katsayıya bölüneceği şeklinde değiştirilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır (Çeçe 2015).

- Yükleniciden kaynaklanmayan sebeplerle süre uzatımı verildiği durumlarda, uzatılan süre içinde (P_n) katsayısının 1'den düşük çıkması (fiyatların düşmesi) halinde yükleniciden fiyat farkı kesilip kesilmeyeceği hususu tartışmalıdır.
- Kararnamenin 12'inci maddesine göre "Bu Esaslara tabi işlerde uygulanmak üzere işlerin niteliğine göre uygulanacak girdi oranlarını belirlemeye Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı ile Orman ve Su İşleri Bakanlığının teklifi üzerine Kamu İhale Kurumu yetkilidir. Kurum tarafından belirlenecek şekilde idareler 5'inci maddedeki formülde kullanılmak üzere Kurum tarafından belirlenen katsayı oranlarını kullanırlar." Sistemin sağlıklı işleyebilmesi için Kurum tarafından girdi oranlarının yanısıra bu girdilerin hangi endeks grubuna ait olduğunun tespit edilmesinin gerekli olduğu değerlendirilmektedir.
- Kararname, katsayılar belirlenerek ve genel endekslere dayalı fiyat farkı hesabı şeklinde iki farklı hesap yöntemini konu alır. Ancak katsayı belirlemenin zorluğu ve belirsizlikler, uygulamayı genel endekslere dayalı fiyat farkı hesabına yönlendirmektedir. Yapım işinin imalat ve ihzaratına giren her bir malzemenin hem parasal ağırlığı hem de hangi alt gruba ait olduğunun tespiti gereklidir. TÜİK tarafından alt endekslerin tespitindeki malzeme türlerinin belirtilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

- Tip sözleşmede yer alan dipnot gereği, bu tutarlar için teminat alınmamış olması halinde, anahtar teslim götürü bedel işlerde geçici kabul noksanları için düzenlenen her hakedişte yapılan iş tutarının %3'ü; birim fiyatlı işlerde ise, kesin hesabı idareye verilmemiş imalatlara ait tutarların %5'i tutulmaktadır. Dipnotta ayrıca anahtar teslim götürü bedel işler için "Fiyat farkı ödenen işlerde bu tutar, sözleşme tarihinden itibaren endeks üzerinden güncelleştirmek suretiyle kesilir." düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca anahtar teslim götürü bedelli işlerde geçici kabul noksanları için tutulan %3'lük kısmın "endeks" üzerinden güncellenmesi gerekmektedir. Endeksten ne anlaşılması gerektiği belli olmamakla birlikte, bu durum genel endekse dayalı fiyat farkı hesaplanan işler açısından bir belirsizlik oluşturmamaktadır. Zira bu tür işlerde, ÜFE genel endeksi kullanılacaktır. Ancak, ihale dokümanında katsayılara dayalı fiyat farkı ödenmesi öngörülmüş, dolayısıyla katsayılar ve endeksler belirlenmişse hangi endeks üzerinden güncelleştirme yapılması gerektiği tereddüt konusudur.
- (Gündüz ve Koçtepe, 2016), Kararnamede uygulama ayı rayiçlerine göre tespit edilen yeni birim fiyatın Pn katsayısına bölünmesiyle sözleşme yılı birim fiyatının tespit edileceği ifade edilmekle birlikte Pn katsayısına bölme işleminin yeni birim fiyatı sözleşme değil, ihale teklif tarihine indirgediğini ve ifadenin hatalı olduğunu değerlendirmektedir.

İhzarat uygulaması ile ilgili olarak;

- İhzarat fiyatlarının tespitinde nasıl bir yöntem belirlenmesi gerektiği yönünde mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yeni birim fiyat tespiti ile ilgili olarak;

- Yeni birim fiyat tespitindeki sorunların önüne geçebilmek amacıyla belli parasal sınır olmaksızın tüm anahtar teslim götürü bedel işlerde de birim fiyat işlerde olduğu gibi imalat kalemlerinin cinsi ve birim fiyat tarifleri idarelerce belirlenmeli, imalatların miktar ve birim fiyatları ise istekliler tarafından hesaplanarak bulunacak toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel teklif verilebileceği düşünülmektedir.
- YİĞŞ'de anahtar teslim bedel işleri de kapsayacak biçimde, iş artışı sebebiyle ortaya çıkan ilave işlerin bedellerini tespit yöntemi düzenlenmiş, ancak azalan işlerin fiyatlandırması konusuna bir açıklık getirilmemiştir.
- 4735 sayılı KİSK'in 24'üncü maddesinin son fıkrasında ve YİĞŞ'nin 21'inci maddesinin 5'inci fıkrasında %5'e ilişkin ödemenin geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden yapılması gerektiği belirtildiği halde geçici kabul tarihindeki fiyatların nasıl elde edileceği, güncellenmenin hangi endeksler ve tarihler üzerinden yapılacağı düzenlemede net değildir.

Revize birim fiyat ile ilgili olarak;

- Revize birim fiyatlı iş kalemlerinin, hakedişte revize birim fiyatlı iş kalemlerinin yapılan işler listesinde ayrı bir iş kalemi olarak mı gösterileceği yoksa revize birim fiyatlı

yapılan iş kaleminin yapılan işler listesinde tek kalem olarak sözleşme fiyatı üzerinden gösterilerek sözleşme fiyatı ile revize birim fiyat arasındaki farkın revize fiyata tabi miktarla çarpılarak hakedişin iç sayfasındaki “hakediş içeriğinden yapılan kesintiler” kısmında bir kesinti olarak gösterilmesi hususunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

İş artış ve eksilişleri ile ilgili olarak;

- Gecikme cezası matrahına iş artışlarının dâhil edilip edilmeyeceği hususunda tereddütler bulunmaktadır.
- 4735 sayılı KİSK’in 24’üncü maddesinin son fıkrasında ve YİĞŞ’nin 21’inci maddesinin 5’inci fıkrasında sözleşme bedelinin % 80’inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde sözleşme bedelinin % 80’i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5’ine ilişkin ödemenin geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden yapılması gerektiği belirtildiği halde geçici kabul tarihindeki fiyatların nasıl elde edileceği, güncellenmenin hangi endeksler ve tarihler üzerinden yapılacağı düzenlemede net değildir.

Hakediş raporları ile ilgili olarak;

- Gök (2013), usulüne uygun bir ihtirazi kayıt işlemi tesis edilmemişse, hakedişin o haliyle kesinlik kazanacağı ve esasında hakedilmiş bile olsa sonradan bir kısım taleplerde bulunulamayacağı kuralının kesin hakediş için esas alınması şeklinde ve İdarenin hakediş düzenlemeleri aşamasındaki kusur veya ihmalden kaynaklı olarak geçici hakedişlere dahil edilememiş olan alacak ve haklar bakımından ihtirazi kayıt işlemi aranmaması yönünde düzenleme yapılması gerektiğini düşünmektedir.

İşçi alacakları ile ilgili olarak;

- İhale makamı konumundaki kamu kurumunun işçinin son 3 aylık ücret sorumluluğunun fazla mesai, hafta tatili ile bayram ve genel tatili vb. ücretinden sorumluluğunu kapsayıp kapsamadığı hususunda farklı yargı kararları mevcuttur.

Avans kesintisi ile ilgili olarak;

Avans üst sınırı olarak,

- Tip sözleşmede; sözleşme bedelinin 1/3 ünden fazla olmamak üzere,
- 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda; yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere,
- Ön Ödeme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte; “mal ve hizmet alımlarında yüklenme tutarının yüzde 10’una, yapım işlerinde ise yüklenme tutarının yüzde 15’ine kadar, bu oranların üzerinde avans verilmesini zorunlu kılan durumlarda; genel bütçeli idareler için Bakanlığın uygun görüşü, kapsamdaki diğer idareler için ise üst yöneticinin kararı ile ve aşan kısım için TC Merkez Bankasının kısa vadeli avanslara uyguladığı oranda faiz alınmak kaydıyla, yüklenme tutarının yüzde 30’unu aşmamak üzere,

farklı oranlar belirlenmiştir. Bu tereddütlü husus, yeni düzenlemelerle ortadan kaldırılmalıdır.

Nefaset kesintisi ile ilgili olarak;

- Nefasetin TBK 475’inci maddesinde tariflenen aylıklı iş karşısında kullanılan seçimlik haklardan ücret indirimi

isteme mi yoksa tazminat hakkını kullanma mı olduğu hususundaki görüş ayrılıkları beraberinde hakediş ödemelerinde nefasetin gösteriliş tarzı (nefasetin iş bedelini etkileyip etkilemeyeceği) hususunda farklı uygulamalara yol açmıştır.

- Nefaset kesintisi hesaplama yöntemlerinde ise TBK’da nefaset kesintisi tutarına veya oranına yönelik bir açıklama yapılmadığı ve hükümün “ayıp oranında” kelimeleriyle ele alındığı ortaya konulmuştur. Benzer şekilde, YİĞŞ 41’inci maddesinin 12’inci fıkrasında yer alan “yüklenicinin varsa hakediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı ile” ifadeleriyle yine nefaset kesintisinin nasıl hesaplanacağı belirsiz bırakılmıştır.
- Nefaset ile sözleşme bedelinin değişip değişmeyeceği başka bir deyişle kesilen nefaset bedelinin eser bedeline indirim olarak yansıyor yansımayacağı, nefaset bedelinin ayıba konu ‘iş kalemi toplam bedeli/işin toplam bedeli’ esas alınarak bir oran üzerinden mi yoksa serbestçe mi belirleneceği, malzemenin sözleşmeye, fen ve sanat kurallarına uygun ancak işçiliğin kusurlu olduğu durumlarda, nefaset kesintisinin sadece işçilik oranından bir indirim yapılarak mı yoksa kusurlu imalatın sökülüp yeniden yapılması düşünülerek kıyasen mi yapılacağı, özetle; eserdeki değer azalmasının hangi ölçütlere göre hesaplanacağı, geçici kabulün yapılıp yapılmaması konusunda belirleyici olan %5’lik kusur ve eksiklik oranına nefaset kesintisine konu edilecek kusur ve eksikliklerinde dâhil edilip edilmeyeceği konuları da belirsizlik taşımaktadır.

7. SONUÇLAR

Bu çalışmada, “Projeler, yer teslimi, aplikasyon, malzeme ocakları ve kullanma şartları, yüklenicinin teknik personel yükümlülüğü, alt yüklenici çalıştırılması, işin ve iş yerlerinin korunması ve sigortalanması, iş programı ve ödenek dilimleri, işin süresi, süre uzatımı ve gecikme cezası uygulaması, fiyat farkları, ihzarat uygulaması, yeni birim fiyat uygulaması, revize fiyat, iş artış ve eksilişleri, hakediş raporları” başlıkları altında çelişkili, tartışmalı ve uygulamada kişisel arz edebileceği düşünülen hususlar mevzuat ve yargı kararlarının incelenmesi ile ele alınmıştır.

Mevcut yasal düzenlemeler karşısında, uygulayıcılar açısından çeşitli tereddütlerin ve farklı uygulamaların ortaya çıkması doğaldır. Bunların bir kısmı yayınlanan ve yayınlanacak tebliğlerle diğer kısmı ise yargı içtihatları ile yön bulmaktadır. Ancak; kamu ihtiyaçlarının değişken, yeniliğe açık nitelikte olması sebebiyle kamu kaynaklarında israfın önlenerek kamu kaynakları etkili ve verimli kullanılıp, yatırım projelerinin planlanan sürede, öngörülen bütçe sınırları içinde kalınarak en ekonomik maliyetle ve istenilen kalitede gerçekleştirebilmek için zaman içinde mevzuatta birtakım reformlar yapılması olağan bir ihtiyaçtır. Yapılan reformlar mevcut mevzuattaki hata, eksiklik, yasal boşluk vb. saptanarak süreklilik arz eden bir sürecin parçası olmalıdır.

Kamu İhale Kanunu’nda, Kamu İhale Kurumuna verilen görev ve yetkilerden bir tanesi, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşme Kanunu’na ilişkin mevzuatı hazırlamak, tip sözleşmeleri, standart ihale dokümanları vb. hazırlamaktır. Ancak Kamu İhale Kurumu sözleşmenin uygulaması aşamasıyla ilgili olarak “Görüş verme yetki ve görevi bulunmadığı gerekçesiyle başvurulara görüş bildirmemektedir. Düzenleme yetkisini elinde bulunduran Kamu İhale Kurumuna sözleşme uygulamalarından doğan uyuşmazlıkları da inceleme görev ve yetkisinin verilmesi ve uygulamayı yönlendirme yetkisine dayanarak, sözleşme uygulaması aşamasıyla ilgili olarak da görüş bildirmesine yönelik açık bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir. Kurumca uygulamaya yön verecek, emsal

oluşturabilecek içtihatı birleştirme kararları vb. yargı kararları takip edilmeli ve Kurumun gerekli yasal düzenlemeler yapmasının n açılmalıdır.

Keza; Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı, sözleşmelerin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan anlaşmazlıklar ve yeni fiyat tespiti uyuşmazlıklarına ilişkin aldığı kararlar ve oluşturduğu görüşler ile birçok anlaşmazlığı yargıya intikal etmeden zme kavuşturarak sözleşmenin yürütülmesi sürecine büyük bir katkı yapmaktadır. Bu süreç 30 Aralık 2017 tarihli ve 30286 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan düzenlemeler uyarınca tahkim ile desteklenmeye başlanmış olsa da sözleşme uygulamaları sürecinin bir parçası ve uygulayıcısı olan teknik personele yeterli ve tek elden eğitim verilmediği; mevzuatta sözleşmenin yürütülmesi aşamalarını ilgilendiren ilgili maddeler ile aşamaların tek tek anlatıldığı bir yol gösterici kaynak oluşturulmadığı sürece sözleşme uygulamalarında uyuşmazlıkları aşağı seviyelere çekmek pek mümkün görünmemektedir.

KAYNAKLAR DİZİNİ

- Arıcı, Y.**, 2012, İnşaat Sektöründe ADR (Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları) Kullanımı ve Seçim Kriterlerinin Kamu ve Özel Sektör Açısından İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, 137 s.
- Aydemir, E.**, 2009, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 254 s.
- Arapgirli, M.**, İhale Hukukunda Alt Yüklenicilik http://www.muratarapgirli.com/alt_yuklenicilik.pdf (Erişim Tarihi: 05 Kasım 2017)
- Akkurt, S.S.**, 2010, Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, Sayı 2, 2008, s.13-64
- Bayındırlık İşleri Kontrol Yönetmeliği**, 1979, 05.09.1979 tarihli, 16745 sayılı Resmî Gazete.
- Bozkurt, M.**, 2002, İnşaat Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 105 s.
- Çaylı, K.D., Gürsen, T., Kılıç, İ.**, 2015, Yapım Sözleşmelerinde 350 Soruya 350 Cevap, Seçkin Yayıncılık, 280 s.
- Çamcı, Ç.**, 2008, Kamu İnşaatlarında Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar: Örnek Kararlar Işığında Uyuşmazlık Nedenlerinin İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Eskişehir, 137 s.
- Çeçe, M.**, 2015, Fiyat Farkı Verilen Yapım İşlerinde Uygulama Ayı Rayiçlerine Göre Yeni Birim Fiyat Tespiti Yüklenici Aleyhine Sonuç Doğurmaktadır: Fiyat Farkı Kararnamesi Değişmelidir., https://www.malihakem.com/analizler/yap%C3%83-m-%C3%83%20%C3%83%C2%BEleri-fiyat-fark%C3%83-kararnamesi-de%C3%83%C2%B0i%C3%83%C2%BEmelidir_an20.html (Erişim Tarihi:18.07.2018)

KAYNAKLAR DİZİNİ (devam)

- Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yüksek Fen Kurulu Başkanlığının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik**, 2012, 13.03.2012 tarihli, 28232 sayılı Resmî Gazete.
- Çevre ve Şehircilik Bakanlığı**, 2015, “Yüksek Fen Kurulu Karar ve Görüşler”, <http://webdosya.csb.gov.tr/csb/dokumanlar/yfk0002.pdf>. (Erişim tarihi: 23.02.2018)
- Doğanyığıt, S. ve Güvendi, İ.**, 2016, İhale ve Sözleşme Hukuku, KAMEP Derneği Yayınları, Ankara, 1296 s.
- Eken, B.**, 2005, İnşaat Sözleşmelerindeki Anlaşmazlıklar, Çözüm Yolları ve Türkiye’de Yargı Yoluyla Çözölmüş Anlaşmazlıklar Üzerine Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, 90 s.
- Eren, F.**, 1996, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri-Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer , Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 45-48s.
- Ergün S.**, 2017, Uzmanlık Tezi, İller Bankası Anonim Şirketi, Yapım İş İhalelerinde Revize Fiyat ve Fiyat Farkı Uygulamalarında Karşılaşılan Problemler ve Çözüm Önerileri, <https://www.ilbank.gov.tr/dosyalar/uzmanliktezleri/14638.pdf> (Erişim tarihi: 04.03.2018)
- Gelir İdaresi Başkanlığı Antalya Vergi Dairesi Başkanlığı Tahsilat Müdürlüğünün B.07.1.GİB.4.07.17.03/TAH-ÖZG:09-13 sayılı, Hakediş Bedeli Alacaklarında İşçi Ücretlerinin Önceliği konulu Özelgesi**, <http://metinsafaksmmm.com/muhasebeci.asp?id=2331> (Erişim tarihi: 20.12.2018)
- Gök, Y.**, 2013, Yapım Sözleşmeleri Uygulama Esasları, İlksan Matbaası, Ankara, 611s.
- Gözler, K.**, 2004, Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa Ekin Kitabevi Yayınları, s.13-19 (www.anayasa.gen.tr/anayasakavrami.htm. 15 Mayıs 2004).
- Gündüz, F., Koçtepe H.**, 2016, Fiyat Farkı Sorunlar ve Çözüm Önerileri; Özel Ofset Basın Yayın Matbaa Reklam İnş.Tur.Tic.Ltd.Şti., Ankara, 325s.

KAYNAKLAR DİZİNİ (devam)

- Gündüz, F.**, 2017, İş Eksilişi Ne Anlama Gelir? İş Eksilişi Yapılan Hallerde, Gerçekten Yapılan İş Eksilişi midir, Yoksa Yüklenicinin Kar Kaybı mıdır? https://www.malihakem.com/analizler/is-eksilisi-mi-yuklenicinin-kar-kaybi-mi_an727.html (Erişim tarihi:17.01.2018)
- Gürsen, T.**, 2016, Yapım İşleri Sözleşme Uygulamaları 1. Muayene Kabul Rehberi, AMP akademi yayınları
- İç İşleri Bakanlığı**, 2017, <https://www.icisleri.gov.tr/sayistay-kararlari> (Erişim tarihi:19.10.2017)
- Karanis, A.**, 2009, İnşaat Sözleşmelerindeki Anlaşmazlıkların Çözüm Yolları ve Türkiye’de Yargı Yoluyla Çözülmüş Anlaşmazlıklar Üzerine Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, 99 s.
- Kamu İhale Genel Tebliği**, 2005, 25.07.2005 tarihli, 25886 sayılı Resmî Gazete.
- Kamu İhale Genel Tebliği**, 2009, 22.8.2009 tarihli, 27327 sayılı Resmî Gazete.
- Katma Değer Vergisi Genel Tebliği**, 2012, (Seri No: 117) , 14.04.2012 tarihli, 28264 sayılı Resmî Gazete.
- Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ**, 2017, (Seri No:14) , 27.09.2017 tarihli, 30193 sayılı Resmî Gazete.
- Kemer, M.**, 2004, 4734 Sayılı Kamu İhale kanunu Kapsamında Yapım İşleri Örnelerle Yaklaşık Maliyet Hakediş Uygulamaları Fiyat Farkları, Ankara, Sözkesen Matbacılık.
- Öz, M. T.**, 2016, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 392 s.
- Özbek, M.**, 2009, Alternatif Uyumazlık Cozumu, Yetkin Basımevi, Ankara.
- Ön Ödeme Usul ve Esasları Yönetmeliği**, 2005, 30.12.2005 tarihli, 2005/9913 karar sayılı .

KAYNAKLAR DİZİNİ (devam)

- Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgelerin Aranması Hakkında Yönetmelik**, 2008, 29.09.2008 tarihli, 27012 sayılı Resmî Gazete (2. Mükerrer).
- Şenöz, H.**, 2017, Yapım İşi İhalelerinde Alt Yüklenicilik, <http://pozitifhukuk.org/hakedis-sureci/yapim-isi-ihalelerinde-alt-yuklenici-sozlesmelerinden-damga-vergisi-dogar-mi/> (Erişim tarihi:17.06.2017)
- Tandoğan, H.**, 1987, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara
- Tözeren, H.**, "Borçlar Kanununda İnşaat Kusurlarına Bakışın Uluslararası Uygulamadan Farkı" (<http://www.turkhukuksitesi.com>) (Erişim tarihi: 05.06.2017)
- Türk, D.**, 2005, İnşaat Sözleşmelerinde Uyuşmazlıklar ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi, 74 s.
- Uğur, L.O.**, 2014, Yapı İşleri Mevzuatı ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi Üzerine Yüklenici İnşaat Firmaları Orijinli Eleştirel Bir Bakış, Düzce Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Dergisi, 2 374–393.
- Uygur, N.**, 1993, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1056s.
- Yüksel, O.**, 2002, Yapı İşlerinde İhale Düzenimiz, Ege Üniversitesi Basımevi, İzmir, 611s.
- Yavuz, C.**, 2001, Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, İstanbul, 264 s.
- Yapım İşleri Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar**, 2013, 27.06.2013 tarihli, 2013/5217 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 31.08.2013 tarihli ve 28751 sayılı Resmî Gazete.
- Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği**, 2009, 04.03.2009 tarihli, 27159 sayılı Resmî Gazete, Mükerrer.
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği**, 2009, 04.03.2009 tarihli, 27159 sayılı Resmî Gazete, Mükerrer.

KAYNAKLAR DİZİNİ (devam)

- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik**, 2017, 30.12.2017 tarihli, 30286 sayılı Resmî Gazete, Mükerrer.
- Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme**, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 7 numaralı eki.
- Yapım İşleri Genel Şartnamesi**, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 8 numaralı eki.
- Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı**, 2013, 15.11.2013 tarihli, Sayı:19644152-010.06.02/1615 numaralı Genelgesi.
- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü**, 2010, 16.03.2010 tarihli, 2010/4 sayılı “Talebe Bağlı Olarak Yapılan Değişiklik İşlemleri Hakkında” konulu Genelgesi’.
- 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu**, 1960, 06.01.1961 tarihli, 10700 sayılı Resmî Gazete, Tertip: 4, Cilt: 1 Sayfa: 850.
- 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, 1961**, 10.01.1961 tarihli, 10703 sayılı Resmî Gazete, Tertip: 4, Cilt: 1 Sayfa: 1037.
- 488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu**, 1964, 11.07.1964 tarihli, 11751 sayılı Resmî Gazete, Tertip: 5, Cilt: 3 Sayfa: 2741.
- 644 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname**, 2011, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri, 04.07.2011 tarihli 27984 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete.
- 2016/25 Sayılı Başbakanlık Genelgesi**, 2016, 19.11.2016 tarihli, 29893 sayılı Resmî Gazete.
- 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu**, 1984, 02.11.1984 tarihli, 18563 sayılı Resmî Gazete.
- 3194 Sayılı İmar Kanunu**, 1985, 09.05.1985 tarihli, 18749 sayılı Resmî Gazete, Tertip: 5, Cilt: 24 Sayfa: 378.
- 4721 Sayılı Medeni Kanun**, 2001, 08.12.2001 tarihli, 24607 sayılı Resmî Gazete, Tertip: 5, Cilt: 41.

KAYNAKLAR DİZİNİ (devam)

4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Yapım İşlerine İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar, 2002, 24.12.2002 tarihli, 2002/5039 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 31.12.2002 tarih ve 24980/3 mükerrer sayılı Resmi Gazete, Ankara.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu, 2002, 22.1.2002 tarihli, 24648 sayılı Resmî Gazete, Tertip: 5, Cilt: 42.

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 2002, 22.1.2002 tarihli, 24648 sayılı Resmî Gazete, Tertip: 5.

4857 Sayılı İş Kanunu, 2003, 10.06.2003 tarihli, 25134 sayılı Resmî Gazete, Tertip:5, Cilt: 42.

5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrolü Kanunu, 2003, 24.12.2003 tarihli, 25326 sayılı Resmî Gazete, Tertip: 5.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 2011, 4.2.2011 tarihli, 27836 sayılı Resmî Gazete, Tertip: 5, Cilt: 50.

7201 Sayılı Tebligat Kanunu, 1959, 19.2.1959 tarihli, 10139 sayılı Resmî Gazete Tertip: 3, Cilt:40, Sayfa:147.**Gelir İdaresi Başkanlığı Şanlıurfa Vergi Dairesi Başkanlığı Vergi ve Anlaşmalar Uygulama Müdürlüğü**, 2015, 16.11.2015, <http://www.gib.gov.tr/nefaset-bedeli>. (Erişim tarihi: 31.10.2017)

<https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/> (Erişim tarihi: 03.03.2019)

<https://www.malihakem.com/analizler/idareleriniscialacaklarinakarsisorum-wluluguan409> (Erişim tarihi: 31.10.2017)

<http://ihalekararisor.com/yazi.php?id=1949&Yuklenici-tarafından-verilen-kullanacaklari-daha-kaliteli-malzeme-icin-ek-bedel-istemeyecekleri-yonundeki-taahhutname-yukleniciyi-baglar-mi-Yargitay> (Erişim tarihi: 08.10.2018)

<http://kararara.com/danistay/1d/danistay6576.htm> (Erişim tarihi:31.10.2017)

<http://ihalemusaviri.blogspot.com.tr/2011/05/is-sahibi-idare-ile-alt-yuklenici.html> (Erişim tarihi: 17.05.2018)

KAYNAKLAR DİZİNİ (devam)

www.malihakem.com, Yapım İşlerinde İşyeri Teslimi ve Süre Uzatımına Etkisi,
(Erişim tarihi: 03.10.2017)

http://yalova.csb.gov.tr/ihale-mevzuati-kisa-bilgi-notlari-nefaset-kesintisi-ve-kdv-uygulamasi-haber-64242 (Erişim tarihi: 31.10.2017)

http://yalova.csb.gov.tr/revize-birim-fiyat-kesintisi-hakediste-kesintiler-kisminda-mi-gosterilir-haber-64073 (Erişim tarihi: 31.10.2017)

http://www.kikitirazlari.com/kararlar/b8-3_7.htm (Erişim tarihi: 30.01.2018)

http://www.ihale.gov.tr/Duyuru/296/vergi_borcu_kapsamindan_“harclarin”_cikarilmasi.html (Erişim tarihi: 04.03.2019)

http://www.ihalece.com/AnalizDetay.aspx?analizId=22#sthash.ZtvsfkV0.dpbs (Erişim tarihi:18.04.2019)

http://ihalekararisor.com/degerlendirme.php?id=6&Nefaset-Kesintisinde-KDV-Uygulamasi-DSELCUK-YETIM---SAYISTAY-BASDENETCISI (Erişim tarihi: 17.04.2019)

https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/97312/ayipsiz-ve-ayipli-degerleri-arasindaki-oranin-hesa/ (Erişim tarihi: 18.06.2019)

http://ihalekararisor.com/yazi.php?id=447&Gizli-ayip-ne-anlamagelmektedir. (Erişim tarihi:08.10.2018)

https://ihalekararisor.com/yazi.php?id=2062&Sozlesme-geregince-isinin-basinda-bulunmasi-gereken-teknik-personelin-isinin-basinda-bulunmadigi-gunler-icin-ceza-kesilmesi-zorunlu-mudur-Sayistay,
(Erişim tarihi:04.09.2018)

http://www.denet.com.tr/tr/mehmetmacmakaleleri.php?yil=2009 (Erişim tarihi: 17.04.2019)

http://yalova.csb.gov.tr/nefaset-kesintisi-uygulamasi-haber-220462 (Erişim tarihi: 17.04.2019)

TEŞEKKÜR

Bu çalışma süresince kıymetli görüş ve katkılarını esirgemeyen tez danışmanım Doç. Dr. Gülben ÇALIŞ'a, MSB İzmir İnşaat Emlak Bölge Başkanlığında ve Çanakkale Bakım Onarım ve İstihkâm Komutanlığında çalışan kıymetli devlet memuru arkadaşlarıma, anlayış ve sabırlarını üzerimden eksik etmeyen Ender DURMUŞ'a, Fettah Eralp GÜNAY'a, desteklerini her zaman yanımda hissettiğim sevgili eşim Etem APAK'a, biricik çocuklarım Ahmet Emir ve Berrin'e, değerli aileme teşekkürü bir borç bilirim.

27/08/2019



Yasemen APAK

ÖZGEÇMİŞ

Yasemen APAK 04.07.1984 tarihinde Kahramanmaraş'da doğdu. Konya Özel Diltaş Lisesini bitirdikten sonra Ege Üniversitesi, Mühendislik Fakültesi, İnşaat Mühendisliği Bölümü'nden 2006 yılında mezun oldu. 2008 yılında MSB İzmir İnşaat Emlak Bölge Başkanlığında İnşaat İnceleme ve Kontrol Uzmanı olarak çalışmaya başladı. 2016 yılında Deniz Kuvvetleri Komutanlığı, Çanakkale Bakım Onarım ve İstihkâm Komutanlığı'nda "Plan, Program İhale, Kontrol ve Keşif" kısmında çalışmaya başlamış ve halen aynı kurumda görevine devam etmektedir.