

anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeye bağlandığını, bilahare yüklenici mali acz içine düştüğünü belirterek sözleşmenin fesh edilmesini talep ettiğini, bunun üzerine sözleşmenin fesh edilerek kesin teminatın gelir kaydedildiğini, fesih öncesine kadar sözleşmenin 30 uncu maddesine istinaden yüklenicinin hakedişinden “geçici kabul noksanları” için tutulan bedelin yükleniciye ödenip ödenemeyeceği, tasfiye onay tarihinin geçici kabul tarihi olarak kabul edilip

**edilemeyeceği ile
yüklenicinin sözleşmenin
feshedilmesine kadar ki
süreçte yaptığı işlere
ilişkin olarak geçici kabul
noksanları için yükleniciden
tutulan bedelin, tasfiye
tarihinden itibaren bir
yıllık teminat devresi
boyunca teminat olarak emanet
hesabında tutulmasında
sakınca olup olmadığı
hususlarındaki görüş**

YÜKSEK FEN KURULU BAŞKANLIğI GÖRÜŞLER

Karar Konusu : Görüş talebi

Karar No : 2010/80

Karar Tarihi : 30/09/2010

YÜKSEK FEN KURULU KARARI

I- GİRİŞ

... tarafından anahtar teslimi götürü bedel olarak ihale edilen

“ ... Hizmet Binaları

Yapılması” yapım işi ile ilgili görüş istemidir.

II- KONU

... sayılı yazısında özetle; “ ... Hizmet Binaları Yapılması” yapım işinin 4734 ve 4735

sayılı kanunlara göre ihale edilerek anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeye bağlandığını, bilahare

yüklenici mali acz içine düştüğünü belirterek sözleşmenin fesh edilmesini talep ettiğini, bunun

üzerine 4735 sayılı Kanun’un 19 uncu maddesi doğrultusunda sözleşmenin fesh edilerek kesin

teminatın gelir kaydedildiğini, fesih öncesine kadar sözleşmenin 30 uncu maddesine istinaden

yüklenicinin hakedişinden “geçici kabul noksanları” için tutulan bedelin yükleniciye ödenip

ödenemeyeceği, tasfiye onay tarihinin geçici kabul tarihi olarak kabul edilip edilemeyeceği ile

yüklenicinin sözleşmenin feshedilmesine kadar ki süreçte yaptığı işlere ilişkin olarak geçici kabul

noksanları için yükleniciden tutulan bedelin, tasfiye tarihinden itibaren bir yıllık teminat devresi

boyunca teminat olarak emanet hesabında tutulmasında sakınca olup olmadığı hususlarındaki

görüşümüzün bildirilmesi talep edilmektedir.

III- İNCELEME

Konu, Kurulumuzda gönderilen bilgi ve belgeler ile ilgili mevzuatı çerçevesinde

incelenmiştir.

İşe ait sözleşmenin, sözleşmenin feshine ilişkin şartlar başlıklı 27. maddesinde;

“Sözleşmenin idarece veya yüklenici tarafından feshedilmesine ilişkin şartlar ve

sözleşmeye ilişkin diğer hususlarda 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile Yapım İşleri

Genel Şartnamesi hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi

başlıklı 19. maddesinde;

“Sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde

bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak

bildirmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin

teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir”

hükmü,

Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler başlıklı 22. maddesinde; “19 uncu maddeye

göre yüklenicinin fesh talebinin idareye intikali, ... tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır.

Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini

izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir.” hükmü,

Bulunmaktadır.

Aynı hükümler sözleşme tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Yapım İşleri Genel

Şartnamesi (Y.İ.G.Ş.)’nin 48. maddesinde de yer almaktadır.

Y.İ.G.Ş.’nin bahis konusu 48. maddesinde fesih durumu ile ilgili olarak yer alan

hükümlerden bir bölümü aşağıda belirtilmektedir.

“4735 sayılı Kanunun 19, 20 ve 21 inci maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi

halinde, yükleniciler hakkında 4735 sayılı Kanunun 26 ncı madde hükümlerine göre işlem

yapılır. Ayrıca sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin

ettirilir.”

Feshedilen sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır ve böylece

yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilmiş olur. Bunun için de sözleşmenin feshedilmesine ait onay

tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya

vekili ile birlikte tespit edilerek bir “Durum Tespit Tutanağı” düzenlenir. Yüklenici veya vekili

hazır bulunmadığı takdirde bu husus tutanakta belirtilir.

İdare fesih işleminden sonra işi 4734 sayılı Kanunda öngörülen usullerden herhangi biri

ile ihale etmekte serbesttir. Geri kalan işlerin başka bir yükleniciye ihalesinden dolayı, yüklenici

hiçbir hak iddiasında bulunamaz.”

.....

“Gerek sözleşmenin feshedilmesi, gerekse tasfiye halinde kesin hesabın yapılabilmesi

için işlerin ve ihzaratın ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya

yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması

gerekiyorsa, bu husus ayrıntılı olarak tasfiye geçici kabul tutanağında veya sözleşmenin

feshedilmesi hali için “Durum Tespit Tutanağı”nda belirtilir. İdare, belirli bir süre vererek

bu işlerin yapılmasını yükleniciden isteyebilir. Yüklenici bu hususları yerine getirmediği

takdirde idare, bu belirli işleri yüklenici hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması

bedeli, sözleşmeye göre yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark yüklenicinin

alacaklarından düşülür, alacağı kalmamışsa tasfiye halinde teminatından kesilir, fesih halinde ise

genel hükümlere göre işlem yapılır.

Sözleşmenin feshedilmesinden veya tasfiyesinden sonra “hesap kesme hakedişi”

idarece belirlenecek bir süre içinde yüklenici ile birlikte, 41 inci maddesindeki esaslara göre

yapılır. Yüklenici gelmediği veya yetkili bir vekil göndermediği takdirde, idare bu hakedişi tek

tarafı olarak yapar ve yüklenicinin bu hususta hiçbir itiraz hakkı olamaz.”

Belirtilen bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere; sözleşmenin feshedilmesine ait

onay tarihinde işin mevcut durumu tespit etmek üzere idarece görevlendirilecek bir heyet ile

birlikte yüklenici veya vekilinin iştirakiyle mahallinde gerekli inceleme ve tespitler yapılarak

“Durum Tespit Tutanağı” düzenlenir. Bu tespit tutanağının düzenlenmesi sırasında yapılan

işlerin ve ihzaratın ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya

yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması

gerekiyorsa, bu husus Durum Tespit Tutanağında belirtilir, verilen sürede yüklenici bu hususları

yerine getirmedeği takdirde idare bu işleri yüklenicinin hesabına yapar veya yaptırır ve bedelini

yükleniciden tahsil eder.

Bahis konusu 48 inci maddede tasfiye edilen işlerle ilgili olarak; “Tasfiye halinde, işin

yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri

verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu

Şartnamenin 42, 43, 44, 45 ve 46'ncı

maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin

yapılmış kısmının son hakedişindeki miktarına göre hesaplanacak kesin teminat miktarından

fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir." hükmü yer almakta

olup, bu hükümden de anlaşılacağı üzere, Geçici kabul (Madde 42), Teminat süresi (Madde

43), Teminat sürecindeki bakım ve giderler (Madde 44), Kesin kabul (Madde 45) ve Kesin

teminatın iadesine ait şartlar (Madde 46) hükümleri normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu

gibi aynen uygulanmakta, 4735 sayılı Kanununun 19 uncu maddesine göre yüklenicinin mali acz

içinde bulunması nedeniyle feshedilen işlerde ise belirtilen madde hükümlerinin uygulanması

şartnamede ön görülmemektedir.

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, Y.İ.G.Ş.'nin 48. 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.

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, Y.İ.G.Ş.'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.

Fesih kesin hesabı sonucu yüklenicinin borçlu çıkması halinde bu borcun öncelikle

yükleniciden tahsili cihetine gidilmesi ayrıca, fesihten dolayı idarenin uğradığı zarar ve ziyanın

yükleniciden rızayen tazmin edilememesi durumunda, bunun bir dava konusu oluşturacağı

nedeniyle gerekli davanın da açılması, yüklenicinin fesih kesin hesabı sonucu alacaklı çıkması

durumunda ise, davaya konu edilecek zarar ziyana ilişkin bedelin ödeme sırasında göz önünde

bulundurulmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

IV- KARAR

Konu, ön bölümlerde belirtildiği üzere detaylı olarak incelenmiş ve değerlendirilmiş

olup, buna göre; sözleşmesi 4735 sayılı Kamu ihale Sözleşmeleri Kanunu'nun 19 uncu

maddesine göre feshedilen bahis konusu işte sözleşmenin Geçici Kabul Noksanları başlıklı 30

uncu maddesi ile ilgili olarak inceleme bölümünde belirtildiği şekilde uygulama yapılmasının

uygun olacağına değerlendirildiğine 30/09/2010 tarihinde yapılan toplantıda oy birliği ile karar verilmiştir.