

Fesih sonrasında yapılacak olan nam ve hesabına ihale ile tamamlama ihalesinin birleştirilip tek bir ihale olarak ihale edilip edilemeyeceği, birleştirilecekse hangi ihale yönteminin uygulanması gerektiği, fesih kesin hesabının nasıl çıkartılacağı

Yüksek Fen Kurulu Kararları Sözleşmenin feshi

Fesih sonrasında yapılacak olan nam ve hesabına ihale ile tamamlama ihalesinin birleştirilip tek bir ihale olarak ihale edilip edilemeyeceği, birleştirilecekse hangi ihale yönteminin uygulanması gerektiği, fesih kesin hesabının nasıl çıkartılacağı (YFK)

Kararın Özü

Fesih öncesi ve sonrası süreçte dikkat edilmesi gereken hususlar ve yapılacak iş ve işlemler ile kesin hakediş raporu ve hesap kesme işleminin ve hesabının nasıl gerçekleştirileceği hk.

KARAR

YÜKSEK FEN KURULU KARARI

Sayı : B.09.0.YFK.0.00.400.-03/170
2008

08 Şubat

Konu : Fesih sonrası iş ve işlemleri

İlgi : 16.11.2007 tarih ve 20302 sayılı yazınız ve ekleri

Bakanlığınızca ihalesi gerçekleştirilen yapım işlerinden bazılarında yüklenicilerin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20'nci maddesinin (a) veya (b) bentlerinden birine göre hareket etmeleri nedeniyle feshedilmesinin söz konusu olduğu, fesihle ilgili Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 48'inci maddesi hükümleri doğrultusunda işlem yapıldığı, bu işlerde öncelikle işin korunabilir ve ölçülebilir seviyeye getirilmesi için yüklenici nam ve hesabına ihale yapılmasını müteakiben tamamlama ihalesine çıkılmasının gerektiği, ancak bu süreçte çeşitli sıkıntılarla karşılaşıldığından bahisle, yapılacak olan nam ve hesabına ihale ile tamamlama ihalesinin birleştirilip tek bir ihale olarak ihale edilip edilemeyeceği, birleştirilecekse hangi ihale yönteminin uygulanması gerektiği hususu ile fesih kesin hesabının ne şekilde yapılacağına ilişkin görüşlerimizin ivedilikle bildirilmesi istenilmektedir.

Konu, Yüksek Fen Kurulu'nda ilgili mevzuat çerçevesinde ilgi

yazı ve eki belgeler de dikkate alınarak incelenmiş olup, görüşlerimiz aşağıda belirtilmiştir.

Mevcut sözleşmenin sona erdirilerek işin feshedilmesi halinde; 4735 sayılı Kanun, mevcut sözleşme hükümleri ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİĞŞ)'nin ilgili hükümlerine göre işlem yapılmasının gerekmekte olduğu bilinmektedir.

4735sayılı Kanun'un 17, 18, 19, 20, 21, 22 ve 23 üncü maddeleri sözleşmenin feshi konularını kapsamakta olup bu konulara ait detaylar YİĞŞ'nde yer almaktadır. Şartnamenin Sözleşmenin feshi ve tasfiye durumları başlıklı 48 inci maddesinin konuyla ilgili bölümlerinde; "... Sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. "

"Sözleşmenin feshedilmesi halinde 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesine göre yüklenicinin kesin teminatı: ... Gelir kaydedilir.

"sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci _ fıkra hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir. "

"Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez."

"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 hakedişı” idarece belirlenecek bir süre içinde yüklenici ile birlikte 41 inci maddesindeki esaslara göre yapılır. Yüklenici gelmediği veya yetkili bir vekil göndermediği takdirde, idare bu hakediş tek taraflı olarak yapar ve yüklenicinin bu hususta hiç bir itiraz hakkı olamaz.”

Ayrıca; YİĞŞ’nin İş ve işyerlerinin korunması ve sigortalanması başlıklı 9 uncu maddesinin konuyla ilgili bölümünde;

“Sözleşmenin feshi veya tasfiye halinde bu sigortalar, iş, yeni yükleniciye ihale edilinceye kadar devam ettirilir ve bu süreye ait sigorta giderleri yüklenici tarafından karşılanır. Ancak bu süre, fesih veya tasfiye olur tarihinden başlamak üzere üç ayı geçemez.”

Hükümleri bulunmaktadır.

Atıf yapılan YİĞŞ’nin Kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi başlıklı 41 inci maddesinde de;

“Birim fiyat esaslı sözleşmelerde, işin 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. ”

“Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde ise, kesin hakediş raporu düzenlenmesine işin geçici kabulü yapıldıktan sonra başlanır ve sözleşme ve eklerinde öngörülen hükümler çerçevesinde kesin hesap işlemleri gerçekleştirilir. ”

“Gerek birim fiyat sözleşmeli işlerde gerekse anahtar teslimi götürü bedel işlerde; yüklenicinin kesin hesaplara itirazı varsa aynı inceleme süresi içinde idareye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Böyle yapmadığı takdirde kesin hesapla ilgili bütün belgeleri kayıtsız kabul etmiş sayılır ve bundan sonra bu hususta yapılacak herhangi bir itiraz dikkate alınmaz.”

“Hesap kesme işleminde, gerçekleştirilen bütün işlerin kesin hakediş raporuna geçirilen bedelinden iş sırasında geçici hakediş raporları ile ödenen miktarlar düşülür. Daha sonra 40 ıncı maddede açıklanan geçici hakediş ödeme usulleri çerçevesinde, hakedişe yapılan ek ve kesintilerden sonra kalan tutar yükleniciye veya vekiline ödenir.

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

Esasları yer almaktadır.

İdarelerimizce, akdın feshine karar verilmeden önce, bütün hukuki boyut ve sonuçları değerlendirilerek mevzuatta yer alan fesih şekil ve şartlarının kesin olarak oluştuğunun belirlenmesi ile geçerli ve yeterli kesin delillere dayandırılması gerektiği hususunun bilindiği ve sürecin bu doğrultuda yürütüldüğü kabul edilmektedir.

Konu yukarıda belirtilen şartlar dikkate alınarak değerlendirildiğinde;

i)Fesih süreci ile ilgili olarak;

Öncelikle; kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, bu hususların öncelikle ayrıntılı olarak, sözleşmenin feshedilmesine ait onay tarihindeki işlerin mevcut durumunun, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek düzenlenecek olan “Durum Tespit Tutanağı”nda belirtilmesi ve belirli bir süre verilerek bu işlerin yapılmasının yükleniciden istenilmesi gerekmekte, bu isteğin yerine getirilmemesi durumunda, idare bu işleri yüklenici hesabına yapma veya yaptıрма konusunda serbest olmaktadır. Durum tespit tutanağında yapıldığı belirtilen işlere yüklenicinin bir itirazı olması halinde tarafların kendi irade ve kararlarına bağlı olarak mahkeme kanalıyla durum tespiti yaptıрма yoluna gitme haklarının bulunduğu bilinmektedir.

Ancak; ölçülebilir duruma getirme, teknik zorunluluklar veya yapılmış kısımların korunmasına yönelik idare taleplerinin; ölçülü olması, süreçte sıkıntı yaratacak amaç dışı ilave iş niteliğinde olmaması aranan bir husustur. Yükleniciden zorunlu olarak yapması istenilen bu imalatların, işten el çektirilmiş olma hali göz önünde alındığında makul bir düzeyde tutulması önemli olmaktadır.

Ölçülebilir duruma getirilen imalatların dışındakilerin, geriye kalan iş kısmının tamamlanmasına yönelik ikmal ihalesi kapsamına alınabileceği sebebiyle; ikmal kapsamında yeni yükleniciye yaptırılabilmesi ve eski iş ile yeni ikmal işi arasında bedel yönünden doğabilecek idare zararının eski yükleniciden dava yoluyla tahsili ile yükleniciye herhangi bir nedenle fesih öncesinde yapılan fazla ödemenin tahsilinin mümkün olacağı hususları da düşünüldüğünde, fesih iş ve işlemlerini geciktirebilecek zorlayıcı taleplerden kaçınılması gerektiği açıktır.

Yüklenici bu isteği yerine getirmediği takdirde idare, belirlenen bu işleri yüklenici hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yapım bedeli sözleşmeye göre yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark, hesap kesme işlemi sonucu ortaya çıkabilecek yüklenici alacaklarından düşülmeli, alacağı kalmamışsa genel hükümlere göre işlem yapılarak yükleniciden tahsil etmelidir.

Durum Tespit Tutanağında belirtilerek yapılması yükleniciden istenilen ancak yerine getirilmeyen işleri, yüklenici hesabına yapma veya yaptırma ile; fesih sonrasında geriye kalan işlerin ikmaline yani, işin tamamlanmasına yönelik ihalenin,

birleştirilerek, tek bir ihaleyle çözüm aranması, hukuken ayrılması gereken fesih öncesi ve sonrası süreçlerin birbirinden ayrılmaması ve dolayısıyla, fesih öncesindeki bir uyuşmazlığın fesih sonrasına da taşınması sonucunu getirecek bu yöntemin, işin tamamlanmasına engel oluşturacağı kanaati taşınmaktadır.

Ayrıca; işe ait sigorta giderlerinin, iş yeni yükleniciye ihale edilinceye kadar, fesih olur tarihinden başlamak üzere üç ayı geçmeyecek şekilde eski yüklenici tarafından karşılanmasına yönelik YİĞŞ'nin İş ve işyerlerinin korunması ve sigortalı olması başlıklı 9 uncu maddesindeki hükmün uygulanması için tedbir alınmalıdır.

ii) Kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi işlemiyle ilgili olarak;

YİĞİŞ'nin 48 inci maddesine göre hesap kesme hakedişinin yüklenici ile birlikte 41 inci maddesindeki esaslara göre yapılmasının hüküm altına alındığı ve ayrıca, 41 inci madde de, kesin hesap işlemlerinin sözleşme ve eklerinde öngörülen hükümler çerçevesinde gerçekleştirilmesinin gerekli olduğu belirtilmektedir. Yine 48 inci madde de; feshedilen sözleşme konusu işlerin hesabının genel hükümlere göre yapılacağı ve böylece yüklenicinin idare ile ilişkisinin kesilmiş olacağı ifade edilmiştir.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde; kesin hesap ve kesin hakedişin idare ve yüklenici ile birlikte yapılması, fesih nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyanın ise, fesih kesin hesabına dayalı olarak genel hükümler çerçevesinde dava

yoluyla yükleniciden talep edilmesinin esas olduğu anlaşılmaktadır.

Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelere göre hesap kesme hakedişı; feshin başlangıç tarihine kadar yüklenici tarafından gerçekleştirilen imalatların tespitine ve fiyatlandırılmasına dayandırılmalıdır. Bütün bu tespitler, işe ait sözleşme ve eki ihale dokümanlarındaki şartlar değiştirilmeden yapılmalıdır. Bu tip sözleşmelerin fesih kesin hesabı ve kesin hakedişinin hazırlanması sırasında yapılan işin; işe göre gerçekleşme oranının nasıl tespit edileceğı önemli bir husustur.

4735 sayılı Kanunun İlkeler başlıklı 4 üncü maddesinde yer alan “Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlölükler sahiptir.. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.” Hükmü gereğı, bu oranın tespitinde, tarafların hakları ve yükümlölükleri göz önünde bulundurularak öncelikle akdedilen sözleşme ve eklerindeki esaslar mesnet alınmalıdır.

Bu doğrultuda, sözleşme ve eki ihale dokümanları olan, uygulama projeleri, mahal listesi, genel ve özel teknik şartnameler, varsa açıklamalar ve diğer ekler esas alınarak, yerinde fiilen yapılan tüm imalat metrajları çıkartılmalı ve buna dayalı olarak tüm imalat miktarları belirlenmelidir. Ayrıca, yapılan iş kısımlarına ait imalatların metraj ve miktarları da aynı esaslara dayandırılarak aynı yöntemle tespit edilmelidir. Böylelikle, yapılan ve yapılmayan işlere ait fiziki durum iş kalemi ve metraj bazında ortaya konulmuş olacaktır.

İşe ait özel şartları ve nitelikleri ile sözleşme ve eklerinde öngörülen hükümler dikkate alınarak; yüklenicinin teklifi ekinde iş kalemlerine ve/veya iş guruplarına ait bileşenler ve bunlara ait fiyatlar verilmiş ise fiyatlar arasındaki dengede dikkate alınarak bu fiyatlar, idare ve diğer idarelerdeki fiyatlar, piyasa fiyatları ve yaklaşık maliyete esas fiyatların birlikte değerlendirilmesi sonucu her bir iş kalemine ait en uygun fiyatların belirlenmesine müteakip, belirlenen bu fiyatların; yukarıda izah edildiği şekilde tespit edilmiş bulunan sözleşme kapsamında yapılacak olan tüm imalatlarla ait iş kalemi miktarlarıyla çarpılarak bulunacak bedel ile, yapılan iş kısımlarının da aynı aynı bazda tespit edilecek bedeli arasındaki orandan, feshedilen işe ait gerçekleşme oranı belirlenebilecektir.

Bulunan bu gerçekleşme oranının sözleşme götürü bedeli ile çarpılması suretiyle yapılan işlerin götürü bedel karşılığı belirlenmiş, bu bedel hesap kesme hakedişine yansıtılmak suretiyle fesih kesin hesabı yapılmış olacaktır.

Fesihden dolayı varsa idarenin uğradığı zarar ve ziyan hariç, yapılan bu kesin hesap sonucunda yüklenici borçlu ise, bu borcun tahsili cihetine gidilmesi, alacaklı olması halinde ise, zarar ve ziyanın yükleniciye tazmin ettirilmesi bir dava konusu olması nedeniyle, bu yönde bir davanın açılması ve davaya ilişkin bedelin ödemelerde dikkate alınması gerekecektir.

Fesihden dolayı idarenin uğradığı zarar ve ziyan bedeli hariç kesin hesap ve kesin hakedişin idarelerce belirlenmiş olması, geriye kalan işin tamamlama ihalesinin bir an önce gerçekleştirilmesi için de önemli olmaktadır. 4734 sayılı Kanunun temel ilkeler başlıklı 5 inci maddesindeki "İdareler,

bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.” Hükmü gereği, ikmal sürecinin tamamlanması idarelerin sorumluluğundadır. Bu nedenle, fesih sonrasında geriye kalan işin ihale edilerek yatırımdan beklenen faydanın bir an önce elde edilmesi idarelerimiz için vazgeçilmez bir hedef olmalıdır.

Yüklenicinin hesap kesme sonucuna itirazının her zaman mümkün olduğu ve dava yolunun açık olduğu hususları da dikkate alındığında, belki de hiç itirazla sonuçlanmayabilecek hesap kesme işlemi mümkün iken, bu hesap kesme işleminin idarelerce herhangi bir nedene bağlı olmadan yapılmayıp mahkemelere bırakılmasının faydalı olmayacağı açıktır. Ayrıca; kesin hesabın başlangıçta mahkemelere taşınması, doğabilecek muhtemel idare alacağının dava sonucunu beklemesi gibi istenmeyen bir duruma yol açabilecektir.

Sözleşmelerin feshedilmesi halinde;

Hesap kesme işlemi sonucunda, yüklenici idareye borçlu kaldığı ve bu borcun tahsil edilememesi halinde tahsilinin,

Kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenmek zorunda olduğu, güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki farkın yükleniciden tahsil edilememesi halinde tahsilinin,

Sözleşmenin feshi nedeniyle varsa idarenin uğradığı zarar ve ziyanın, tamamlama ihalesinin yapılp sözleşmeye bağlanmasına müteakip hesap edilerek yükleniciye tazmin ettirilmesinin,

İdarece açılacak davalar yoluyla sonuçlandırılması gerekmekte olup bu davaların, fesih sonrasında kalan iş kısımlarının yaptırılmasına yönelik tamamlama ihalelerinin önünde bir engel teşkil etmeyeceği hususu bilinmektedir.

Bilgilerinizi rica ederim.