

İhalelerde Alt Yükleniciye Yaptırılacak İş Kısımları

Alt yüklenici, sözleşme konusu işin nev'i itibariyle bir bölümünü yüklenici ile taahhüt altına girdiği sözleşmeye bağlı olarak yerine getiren gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmekte olup, yüklenici ile söz konusu işin nev'i itibariyle bir kısmı üzerinden sözleşme yapmasıyla birlikte alt yüklenici sıfatını kazanmaktadır. Yapım İşleri Genel Şartnamenin 20'nci maddesinde yüklenicinin, iş sahibi kurum tarafından olur verilen alt yüklenicilerle söz konusu işe başlamadan önce sözleşme yapmasını ve bir nüshasını iş sahibi kuruma vermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşme niteliği itibariyle bir eser sözleşmesi olup, bu sözleşme iş sahibi idare ile yüklenici arasındaki sözleşmeden bağımsız olarak kurulur ve alt yüklenicilik sözleşmesine taraflar ortaklaşa belirledikleri hükümleri koyarlar

İdare tarafından onaylanan alt yüklenicilerin yüklenici ile sözleşme yapması ve bir örneğini idareye vermesi gerektiği hüküm altına alınmış olmakla beraber sözleşmenin nasıl olması gerektiği yönünde ihale mevzuatında tanımlanmış bir şekli bulunmamaktadır.

Kamu İhale Kurulu 2014/UY. II-2662 sayılı kararında yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılan sözleşmelerde, nev'i itibariyle belirlenen bir iş kısmının başlangıcından sonuna kadar bitirilmesinin planlanması şartının aranması gerektiğini belirtmiştir.

Alt yüklenici ile yüklenici arasında yapılan sözleşmenin mutlaka yazılı olması ve bir bedel içermesi gerekli olup, alt yüklenici sözleşmesinin taraflarınca imzalanmış olması yeterli olmakta ve noter onayı/tescili aranmamaktadır İhale

mevzuatında alt yüklenici sözleşmesi için tanımlanmış bir şekli bulunmasa da, tarafların kimlik bilgileri, alt yükleniciye verilen işin türü ve miktarı gibi tanıtıcı bilgiler, sözleşme bedeli, işin süresi, karşılıklı yükümlülükler ve cezai şart hükümleri gibi sözleşmede bulunması gereken asgari hususların bulunması önemlidir

Her ne kadar sözleşme yapılmasında şekil serbestîsi bulunsa da usul ve şekil kuralları Kanunda düzenlenmiş olan idare ile yüklenici arasındaki sözleşmeye istinaden düzenlenen ve kamuya karşı sorumluluk altına girilen alt yüklenici sözleşmeleri için de tanımlanmış şekil kuralları belirlenmesi uygun olacaktır.

Alt yükleniciler hakkında önemli konulardan birisi de ihale dokümanında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmelerinin istendiği durumlarda isteklilerin, ihale konusu yapım işinde alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işlere ait sundukları listenin veya sözleşmenin yürütülmesinde sunulan listenin nasıl değerlendirileceğidir.

4734 sayılı Kanunda ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinde “İşin tamamı hiçbir suretle alt yükleniciler marifetiyle yaptırılamayacağı” hüküm altına alınmıştır. İşin tamamının alt yükleniciye yaptırılamayacağı hüküm altına alınmış olsa da ihale mevzuatında söz konusu işin en fazla ne kadarının yaptırılabilceği konusunda üst sınırı belirleyici bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu konuda bir hüküm bulunmamakla birlikte alt yüklenici, sözleşme konusu işin nev’i itibariyle bir kısmını yapan olarak tanımlandığından alt yüklenicilere yaptırılacak kısımların oransallıktan ziyade nev’i itibariyle belirlenmesi gerekir.

Alt yükleniciye yaptırılacak işlerin nev’i itibariyle belirtilmesi gerektiği Kamu İhale Kurulunun 2012/UY.II-3362 sayılı kararında açıklığa kavuşturulmuştur. “4734 sayılı Kamu

İhale Kanununa istinaden düzenlenen ikincil mevzuatta, yükleniciler tarafından alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri nev'i itibariyle ifade etmeleri gerektiği açık olarak belirtildiği halde nev'i itibariyle belirlenen bu işlerin üzerinden ayrıca miktara dayalı da bir belirleme yapılabilmesine imkân tanınmamıştır." Yine aynı kararda yüklenici ve alt yüklenicinin yapacağı işlerin nev'i itibariyle ayrı ayrı belirlenmemesi halinde, sözleşmenin yürütülmesi aşamasında ihtilaf çıkacağı da belirtilmiştir.

Kurulun anılan kararında isteklilerin alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri yalnızca nev'i itibariyle belirtebileceklerini, herhangi bir iş kısmına ilişkin belirli bir miktarın esas yüklenici tarafından, geriye kalan kısmının ise alt yüklenici tarafından gerçekleştirilmesinin alt yüklenicilik müessesesinin düzenleniş amacına ve doğasına bununla birlikte kamu ihale mevzuatına uygun olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, Kurul ilgili kararında söz konusu işin birim fiyat teklif cetvelinin tamamının alt yüklenicilere yaptırılması düşünülen işler listesi arasında yer almasını Yapım İşleri Genel Şartnamesinde ve idari şartnamede yer alan "...işin tamamı alt yüklenicilere yaptırılamaz" düzenlemesine aykırı olduğu yönünde değerlendirmiştir.

Kurul Kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle açılan davada Ankara 4. İdare Mahkemesinin 08.11.2012 tarihli E:2012/1441 sayılı kararı üzerine, Ankara Bölge İdare Mahkemesi nezdinde yapılan itirazına istinaden anılan Mahkemenin 05.12.2012 tarihli 2012/5478 sayılı kararında da alt yüklenicinin yapacakları işleri yalnızca nev'i itibariyle belirtebileceklerini ifade etmiştir. Ankara Bölge İdare Mahkemesi, yüklenicilerin alt yüklenicilere yaptıracakları işleri nev'i itibariyle belirtmeleri gerektiği ve herhangi bir iş kısmının bir miktarını esas yüklenici, geriye kalanını ise alt yüklenici tarafından gerçekleştirilmesinin alt yüklenicilik çalıştırılması amacına ve doğasına uygun olmadığı yönünde Kurulun almış olduğu kararda hukuka aykırılık

bulunmadığını belirtmiştir.

Alt yüklenicilik müessesine yönelik mevzuat hükümleri ve Kamu İhale Kurulu ile Bölge İdare Mahkemesinin almış olduğu kararlar beraber değerlendirildiğinde alt yükleniciye yaptırılacak işlerin söz konusu işin nev'i itibariyle kısım olarak belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Bu çerçevede ihale dokümanında alt yüklenicilere yaptırılacak işlerin listesinin istenildiği ihalelerde istekliler liste hazırlanmasında işin nev'i itibariyle kısım olarak belirlenmesini yapmalı ve idareler de değerlendirme aşamasında bu hükmü dikkate alarak işlem tesis etmelidir.

İdarece onaylanmayan alt yüklenicilerin hiçbir suretle iş yerinde çalışamayacağı hüküm altına alınmış olmakla birlikte işin tamamı da hiçbir suretle alt yükleniciler marifetiyle yaptırılmayacaktır. Ayrıca idare, alt yüklenici tarafından yapılan işlerin sözleşme ve projelere, teknik şartnamelere uygun olmadığını tespit ederse, alt yüklenicinin değiştirilmesini veya ilgili kısmın bizzat yüklenici tarafından yapılmasını da her zaman isteyebilir.

Ayrıca Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 38.1'inci maddesinde, herhangi bir alt yüklenicinin, iş başında bulunmasına engel durumların tespit edilmesi halinde alt yüklenicinin yüklenici tarafından derhal iş başından uzaklaştırılacağı da hüküm altına alınmıştır.

Sözleşme konusu işin yapılması aşamasında yüklenici tarafından ihtiyaç hâsıl olması halinde idarenin onayı ile alt yükleniciden her zaman faydalanabilir. Sözleşme öncesi veya yürütülmesi aşamasında alt yükleniciler ve yaptırılan iş kısımları işin yürütülmesi aşamasında değiştirilerek, işin diğer alt yükleniciler tarafından gerçekleştirilmesi de idarenin iznine ve genel şartnamede belirtilen hükümlere tabidir.

Alt yükleniciler idarenin onayı doğrultusunda çalışabiliyor olsalar da bunların yaptığı bütün işlerden idareye karşı asıl sorumlu olan yüklenicidir.

Bu sorumluluğun istisnası olarak Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 20.10'uncu maddesinde belirtilen durumlarla ilgili yüklenici ve alt yüklenicilerin müteselsilen sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

Yüklenici ile alt yüklenici arasında bir işin nevi itibariyle baştan sona yapılmasının öngörülmesi zorunlu olup, yüklenici ile alt yüklenici arasında yazılı olarak sözleşme düzenlenmesi ve bir örneğinin idareye verilmesi gerekir. İdareler, alt yüklenici sözleşmesinde ve yaptırılacak iş kısımlarının belirlenmesinde ilgili mevzuat hükümlerine ve yukarıda ifade edilen açıklamalara riayet ederek işlem tesis etmelidir. Alt yüklenici çalıştırılmasının amacı, sözleşme konusu işin alanında uzman olan kişilere yaptırılarak projenin ekonomik, kaliteli ve hızlı şekilde uygulanmasını temin etmektir. Bu sebeple alt yüklenicinin onaylanması, çalıştırılması ve yaptırılacak iş kısımlarının belirlenmesinde burada ifade edilen hususlar göz önüne alınmalıdır.