

**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
llebilir 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**

YÜKSEK FEN KURULU BAŞKANLIĞI KARAR VE GÖRÜŞLER

Sayı : B.09.0.YFK.0.00.400.-03/170 08 Şubat 2008

Konu : Fesih sonrası iş ve işlemleri

MİLLÎ SAVUNMA BAKANLIĞINA

(İnşaat Emlak ve Nato Enf. Dairesi Başkanlığı)

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 (YİGŞ)'nin ilgili hükümlerine

göre işlem yapılmasının gerekmekte olduğu bilinmektedir.

4735 sayılı 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 hüüklerine göre işlem

yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğadı .ızarar ve ziyan yükleniciye tazmin

ettirilir."

"Feshedilen sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır ve böylece

yülenicinin idare ile ilişkisi kesilmiştir. Bunun için de sözleşmenin feshedilmesine ait onay

tarihinde işin 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 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.

3

“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.”

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;

1. 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 yaptırma 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 yaptırma 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 aranılan 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,

birleřtirilerek, tek bir ihaleyle

özüm aranması, hukuken ayrılması gereken fesih öncesi ve sonrası süreçlerin birbirinden

ayrılmaması ve dolayısıyla, fesih öncesindeki bir uyumsuzluğun 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 sigortalanması başlıklı 9 uncu maddesindeki

hükmün uygulanması için tedbir alınmalıdır.

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

YİĞŞ'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 hakedişi; 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 edileceği 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 yükümlülüklerle sahiptir..... Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde

bulundurulur." Hükmü gereği, bu oranın tespitinde, tarafların hakları ve yükümlülükleri göz

önünde bulundurulurken 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 gruplarına 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 imalatlara ait iş kalemi miktarlarıyla çarpılarak bulunacak bedel ile, yapılan

iş kısımlarının da aynı esaslar ve 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.

Fesih nedeniyle 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.

Fesih nedeniyle 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, güvenirliği, 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 yapılıp 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.

Oktay ŞENDUR

Bakan a.

Kurul Başkanı