

yapım işlerine ilişkin sözleşmelerde gecikme cezasının hesaplanmasında sözleşme bedeli olarak ilk sözleşme bedelinin mi yoksa iş artışları dâhil toplam sözleşme bedelinin mi esas alınacağı hususunda uygulamada tereddütler yaşandığı ifade edilerek, kamu idarelerinin bu konudaki farklı uygulamaları nedeniyle hukuki sorunlarla karşılaşılmasından uygulamaya esas görüş

Gecikme Cezasının Uygulanması

Açık ihale usulüyle yapılan bir yapım işinde tip sözleşmelerde Gecikme halinde uygulanacak cezalar ve sözleşmenin feshi başlıklı 25. maddesi aşağıdaki şekilde belirtilmiştir;

“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.

Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde, gecikilen her gün için sözleşme bedelinin(rakam ve yazıyla) oranında gecikme cezası uygulanır”.

4735 Sayılı KİSK’na göre sözleşmeye bağlanan işlerde iş artışları meydana gelmesi halinde gecikme cezasının tespiti ne şekilde yapılacağı tip sözleşmelerde belirtilmemiştir. Bu husus Kamu İhale Kurulunun düzenleyici kurul kararı ile aşağıdaki şekilde açıklığa kavuşturulmuştur;

Toplantı No : 2016/024

Gündem No : 69

Karar Tarihi : 13.04.2016

Karar No : 2016/DK.D-59

Gündem Konusu : Gecikme Cezası

Karar: Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yüksek Fen Kurulu Başkanlığınının 10/3/2016 tarihli ve 19644152-045.01-E.373 sayılı yazısında, yapım işlerine ilişkin sözleşmelerde gecikme cezasının hesaplanmasında sözleşme bedeli olarak ilk sözleşme bedelinin mi yoksa iş artışları dâhil toplam sözleşme bedelinin mi esas alınacağı hususunda uygulamada tereddütler yaşandığı ifade edilerek, kamu idarelerinin bu konudaki farklı uygulamaları nedeniyle hukuki sorunlarla karşılaşılmasının açısından uygulamaya esas görüşümüzün bildirilmesinin sorulması üzerine konu hakkında Kurum görüşü oluşturulması gerekmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun “Sözleşmede yer

alması zorunlu hususlar” başlıklı 7’nci maddesinde; “Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde aşağıdaki hususların belirtilmesi zorunludur: ...n) Gecikme halinde alınacak cezalar...” hükmü ile “İdarenin sözleşmeyi feshetmesi” başlıklı 20’nci maddesinde, “Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder:

1. a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi...” hükmüne yer verilerek, yüklenicinin edimini sözleşme hükümlerine aykırı surette yerine getirmemesi halinde ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezasının söz konusu olabileceği hüküm altına alınmıştır.

Gecikme cezası (cezai şart), borçlunun üstlendiği taahhüdü, sözleşme hükümlerine göre kararlaştırılan yer ve zamanda gereği gibi veya hiç yerine getirmemesi nedeniyle alacaklıya ödemek zorunda olduğu bedel olup, fer’i bir borç niteliğindedir. 47

Hukuk literatüründe gecikme cezası ile ilgili olarak çeşitli tanımlar yapılmıştır. Cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilememesi hâlinde, borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmeyi yüklediği edim şeklinde tanımlanabileceği gibi, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hâlinde alacaklıya bir edimde bulunmayı taahhüt etmesi şeklinde bir hukuki işlem olarak da tanımlanabilir. Cezai şartın esas itibarıyla iki temel işlevi bulunmaktadır. Bunlardan biri, borçluyu ifaya zorlamak ve böylece asıl borcun ifasını teminat altına almak (teminat işlevi), diğeri de borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin Eki "Ek:7 Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme" metninin "Gecikme halinde uygulanacak cezalar ve sözleşmenin feshi" başlıklı 25'inci maddesinin 25.2'nci alt maddesinde; "Yüklenicinin sözleşmeye uygun olarak işi süresinde bitirmediği takdirde, gecikilen her gün için sözleşme bedelinin(rakam ve yazıyla) oranında gecikme cezası uygulanır" düzenlemesi yer almaktadır.

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. 48

Yukarıda yer verilen açıklamalar ve kararlara göre, gecikme cezasının hesaplanmasıyla ilgili olarak yapım işlerine ilişkin sözleşmelerde yer alan sözleşme bedeli ifadesi ile ilk sözleşme bedelinin kastedildiği, toplam sözleşme bedelinin iş artışı olan istisnai durumlarda ortaya çıktığı ve toplam

sözleşme bedeli üzerinden hareketle herhangi bir uygulama yapılmak istendiğinde, bu hususun özellikle düzenlenmesi gerektiği, dolayısıyla gecikme cezasının iş artışı hariç olan ilk sözleşme bedeli üzerinden hesaplanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Ayrıca, 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.

Öte yandan gecikme cezasına ilişkin olarak Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme, Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme ve Danışmanlık Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme metinleri incelendiğinde, anılan Tip Sözleşmelerde de gecikme cezasının sözleşme bedelinin belli bir oranı olarak belirlendiği görülmektedir.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri ve açıklamalar çerçevesinde;

1-Mal alımı, hizmet ve danışmanlık hizmetleri ile yapım işlerine ilişkin sözleşmelerde, gecikme cezasının hesaplanmasında sözleşme bedeli olarak ilk sözleşme bedelinin esas alınması gerektiğine,

2-Kararın Kurumun internet adresinde yayımlanması gerektiğine,
49

Oybirliđi ile karar verildi.

Kamu İhale Kurulu'nun bu düzenleyici kararından sonra uygulamada iş artışı yaşanan yapım işlerinde gecikme cezası matrahında esas alınacak tutar netlik kazanmıştır.