

**IPA FONLARIYLA FİNANSE EDİLEN GÖTÜRÜ BEDEL İNŞAAT
SÖZLEŞMELERİNDE DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR**

TUNÇ DEMİREL

AVRUPA BİRLİĞİ UZMANLIK TEZİ

**Bu uzmanlık tezinde öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir; Ulaştırma,
Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın görüşlerini yansıtmaz.**

AĞUSTOS -2014

Tunç DEMİREL tarafından hazırlanan IPA Fonlarıyla Finanse Edilen Götürü Bedel İnşaat Sözleşmelerinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar adlı bu tezin AB Uzmanlık Tezi olarak uygun olduğunu onaylarım.

Serdar YILMAZ

Tez Danışmanı

Bu çalışma, jürimiz tarafından oy birliği ile Avrupa Birliği Uzmanlık Tezi olarak kabul edilmiştir.

	<u>Adı ve Soyadı</u>	<u>İmzası</u>
Başkan	:
Üye	:
Üye	:
Üye	:
Üye	:

Tarih :/...../.....

Bu tez, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Avrupa Birliği Uzman Yardımcılarının Uzmanlık Tezlerini hazırlarken uyacakları AB Uzmanlığı Tez Hazırlama Yönergesi ile belirlenen kurallara uygundur.

Tez sürecimde bana danışmanlık yapan saygıdeğer uzmanım Serdar Yılmaz'a, beni Genel Müdürlüğümüzce yürütülen inşaat sözleşmelerinin yönetiminde görevlendirerek kapasite oluşturmamı sağlayan Sayın Başkanım Dr. Mustafa Kaya'ya, göreve başladığı ilk günden itibaren bana büyük bir destek veren Sayın Başkanım Nedim Yeşil'e ve tez düzeltme sürecimde bana desteklerini esirgemeyen Sayın Genel Müdürüm Dr. Abdulhamit Yağmurcu'ya teşekkürü bir borç bilirim..

YETERLİK SINAV KURULUNA BEYAN

Bu belge ile bu uzmanlık tezindeki bütün bilgileri akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplayıp sunduğumu; ayrıca, bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi beyan ederim.

Adı- Soyadı: Tunç DEMİREL

ÖZ

IPA FONLARIYLA FİNANSE EDİLEN GÖTÜRÜ BEDEL İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Demirel, Tunç

Avrupa Birliği Uzmanlık Tezi

Ağustos 2014, 168 sayfa

Avrupa Birliği'nin (AB) hibe niteliğinde sağladığı Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA) fonlarıyla finanse edilen sözleşmelerin tabi oldukları uluslararası niteliği haiz kurallar ile aynı hükümlerdeki ulusal mevzuat önemli ölçüde yapısal farklılıklar arz etmektedir. Çalışmada, IPA fonlarının tabi olduğu hukuki belgelerden yola çıkılarak, hem yerel hem de uluslararası mevzuat incelenmiştir. Bu çerçevede, inşaat sözleşmelerinin hukuki dayanağı ve yasal çerçevesi tetkik edilmiştir. Sözleşme yönetimine etkisi olabilecek PRAG kamu satın alma kuralları ile FIDIC standart şartnamelerin genel özellikleri tartışılmış ve İdarelerin yönetim ve ödeme külfetlerine doğrudan etki edebilecek yasal yükümlülükler, konsolide bir rehber kılavuz olarak hazırlanmıştır.

Tez çalışmasının diğer bir amacı da götürü bedel inşaat sözleşmelerinin tabi olduğu sistemlerinin incelenmesidir. Bu kapsamda, FIDIC standart şartnameleri ile Yapım İşleri Genel Şartnamesinde yapılan düzenlemeler karşılaştırılmış, uygulamada karşılaşılan sorunlar detaylı olarak tetkik edilmiştir. Buna göre, tasarım sorumluluğu ile ücret esaslı ilişkisi, götürü bedel iş kapsamı, bu tür sözleşmelerde yapılacak ödeme tutarının belirlenmesi ve götürü olarak tespit edilen bedeli değiştirebilecek hüküm ve

şartlar ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Sağlam mali yönetim ilkesinin sağlanması için ilk seviye yönetim ve kontrol sistemi gerekliliği tartışılmış ve kaynakların etkili, verimli ve doğru olarak kullanılmasını garanti altına alacak teşkilat yapısı ve uygulanması gereken kontrol yöntemleri incelenmiştir.

Son olarak ise, IPA fonlarıyla finanse edilen götürü bedelli inşaat sözleşmelerin direkt olarak uygulamaya yönelik hususlarında Kamu İdarelerinin karşılaşılabilecekleri sorunlar tespit edilmiş ve birtakım çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: IPA Mevzuatı, Katılım Öncesi Yardım, Götürü Bedel İnşaat Sözleşmesi, FIDIC Standart Şartnameleri, Yönetim ve Kontrol Sistemi, İdarelerin Hakediş Ödemeleri

ABSTRACT

SIGNIFICANT ISSUES IN THE LUMP SUM CONSTRUCTION CONTRACTS FINANCED WITH IPA FUNDS

Demirel, Tunç

European Union Expertise Thesis

August 2014, 168 Pages.

The governing international rules and regulations applicable to the contracts that are financed with the Instrument for Pre-Accession Assistance (IPA) funds which are granted by the European Union have significant structural differences with the national counterparts. In the study, both national and international regulations are examined through respective legal documents. Within this scope, the legal basis and legislative framework of the construction contracts have been scrutinized. The related articles of the PRAG public procurement rules and the general features of the FIDIC conditions of contract are discussed and all legal responsibilities that would directly affect the management and control functions of the Public Administrations are consolidated as a directory guide.

Another purpose of this thesis study is to examine the governing systems of the lump sum construction contracts. Within this frame, the regulations of the FIDIC conditions of contract has been compared with the ones in the General Specifications for Construction Works and the problems that are frequently encountered in practice have been analyzed. Accordingly, the relationship between the design responsibility and the pricing regime, lump sum work scope, designation of the payment amount

and the rules and conditions that may increase the accepted lump sum are explained in detail. The role and necessity of the first level management and control system to ensure sound financial management is discussed and the appropriate organizational structure and control methodologies are investigated in terms of ensuring efficient, effective and correct use of the sources.

Finally, application oriented problems that might be encountered by the Public Administrations in lump sum construction contracts financed with IPA funds are identified and respective solutions are proposed.

Keywords: IPA Regulation, Instrument for Pre-Accession, Lump Sum Construction Contract, FIDIC Conditions of Contract, Management and Control System, Interim Payments by the Public Administrations

İÇİNDEKİLER

KONUSU:	SAYFA NO
TEZ JÜRİSİ.....	ii
YETERLİK SINAV KURULUNA BEYAN	iv
ÖZ	v
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiv

BÖLÜM

1. GİRİŞ	1
1.1. Tezin Amacı.....	2
1.2. Tezin Kapsamı	2
2. AB-TÜRKİYE MALİ İŞBİRLİĞİ VE IPA	4
2.1. AB-Türkiye Mali İşbirliğine Genel Bir Bakış	4
2.2. Katılım Öncesi Yardım Aracı, IPA.....	5
3. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ.....	10
3.1. İnşaat Sözleşmesi Kavramı	10
3.2. TBK Açısından İnşaat Sözleşmelerinin Unsurları:.....	13
3.3. TBK Açısından İnşaat Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	17
3.4. İnşaat Sözleşmelerinin Tarafları	19

3.5.	Tarafların İnşaat Sözleşmesinden Doğan Borçları	21
3.5.1.	Müteahhitin İnşaat Sözleşmesinden Doğan Borçları.....	22
3.5.1.1.	Müteahhitin İnş Eseri Meydana Getirme Borcu	22
3.5.1.2.	Müteahhitin İnş Eserini Şahsen Yapma ya da Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu.....	23
3.5.1.3.	Müteahhitin Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu	24
3.5.1.4.	Müteahhitin Genel İhbar Borcu	25
3.5.1.5.	Müteahhitin İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu	26
3.5.1.6.	Müteahhitin Meydana Getirdiği İnş Eserini Teslim Etme Borcu	27
3.5.1.7.	Müteahhitin İş Sadakat ve Özenle Yapma Borcu.....	27
3.5.1.8.	Müteahhitin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....	29
3.5.2.	İş Sahibinin İnşaat Sözleşmesinden Doğan Borçları	30
3.5.2.1.	İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu	31
3.6.	TBK Açısından İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi.....	37
3.6.1.	İfa Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi.....	37
3.6.2.	İfa İmkânsızlığı Nedeniyle Sona Erme	37
3.6.3.	Sözleşmenin İş Sahibi Tarafından Tek Taraflı Olarak Feshedilmesi ...	39
3.6.4.	İş Sahibinin Müteahhitin İşe Zamanında Başlamaması ya da İş Geciktirmesi Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi	41
3.6.5.	İş Sahibinin İnş Eserinin Ayıplı Olması Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi	42

4. IPA MEVZUATINDA KAMU SATIN ALMA KURALLARI VE FIDIC TİP İDARİ ŞARTNAMESLERİ

4.1.	Program Otoritelerinin Bağlı Oldukları Kamu Satın Alma Kuralları... 43	
4.1.1.	Ön Kontrollü Dolaylı Yönetim Sistemi	45
4.1.2.	Uyruk ve Menşei Kuralları	46
4.1.3.	İhraç Sebepleri ve İhaleye Katılamayacak Olanlar.....	48

4.1.4.	İdari ve Mali Cezalar	49
4.1.5.	Görünürlük İlkesi	50
4.1.6.	Çıkar İlişkisi.....	51
4.1.7.	Geçmişe Uygulanmama, Standart Dokümanların Kullanılması ve Kayıt Tutulması İlkeleri.....	51
4.1.8.	Sözleşmelerde Değişiklik Yapılması	52
4.1.9.	PRAG Kamu Satın Alma Hükümleri Açısından İhale Dosyası	58
4.2.	FIDIC Tip İdari Şartnameleri	60
4.2.1.	Tip Sözleşme Kavramı ve FIDIC	61
4.2.2.	FIDIC Tarafından Yayınlanan Standart Belgeler	63
4.2.2.1.	İnşaat İşleri İdari Şartnamesi, FIDIC Kırmızı Kitap.....	65
4.2.2.2.	Tesis ve Tasarla-Yap Modeli İnşaat İşleri İdari Şartnamesi, FIDIC Sarı Kitap.....	66
4.2.2.3.	Mühendislik-Satın Alma-Yapım (MSY) Anahtar Teslimi Projeler için İdari Şartname (FIDIC Gümüş Kitap)	68
4.2.3.	Genel İdari Şartname ve Özel İdari Şartname	70
4.2.4.	Müşavir Mühendis	71

5. PROGRAM OTORİTELERİNİN DİKKAT ETMESİ GEREKEN DİĞER YASAL YÜKÜMLÜLÜKLER

5.1.	4857 Sayılı İş Kanunu Açısından İdarelere Yüklenen Sorumluluklar .	76
5.2.	4817 Sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Açısından İdarelere Yüklenen Sorumluluklar.....	78
5.3.	5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Açısından İdarelere Yüklenen Sorumluluklar	82
5.4.	4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından İdarelere Yüklenen Sorumluluklar	84
5.5.	6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Açısından İdarelere Yüklenen Sorumluluklar	85

5.6.	6546 Sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun Ve KHKlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Açısından İdarelerin Dikkat Etmesi Gereken Hususlar	86
5.7.	IPA Çerçeve Anlaşmasında Düzenlenen Vergi İstisnaları Açısından İdarelerin Dikkat Etmesi Gereken Hususlar	88
6.	UYGULAMADA GÖTÜRÜ BEDEL İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ.....	92
6.1.	KİK'e Göre Tasarım Yükümlülüğü	92
6.2.	KİK'e Göre Tasarım Yükümlülüğü ile Ücret Esası İlişkisi.....	96
6.3.	FIDIC Sarı Kitapta Genel Yükümlülükler, İş Kapsamı ve Tasarım Yükümlülüğü	97
6.4.	Götürü Bedelli İşlerde Hakediş Tutarı	102
6.5.	Sözleşmede Bulunmayan İşlerin Fiyatının Tespiti	109
6.6.	Fiyat Farkı Uygulaması	113
6.7.	FIDIC Şartları Açısından İhzarat Ödemeleri	118
7.	IPA FONLARIYLA FİNANSE EDİLEN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE İLK SEVİYE YÖNETİM VE KONTROL SİSTEMLERİ.....	124
7.1.	İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında Program Otoritesi İdarelerin Sorumluluğu.....	124
7.2.	İlk Seviye Kontrolleri ve Görev Alan Aktörler	126
7.3.	İzleme ve Kontrol Alanları	129
7.4.	İzleme ve Kontrol Yöntemleri	131
7.5.	İlk Seviye Yönetim ve Kontrol Sistemlerinde Aktörlerin Rolü	132
7.5.1.	Müteahhitin Rolü	132
7.5.2.	Müşavir Mühendisin Rolü	133
7.5.3.	Nihai Yararlanıcının Rolü.....	134
7.5.4.	Program Otoritesi İdarelerin Rolü	137

7.6.	Mühendis-Hukukçu İşbirliği.....	138
8.	SONUÇ VE ÖNERİLER.....	141
	KAYNAKÇA	154
	EKLER.....	161

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
AT	: Avrupa Topluluğu
BK	: Borçlar Kanunu
FIDIC	: Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu
IPA	: Katılım Öncesi Yardım Aracı
KDV	: Katma Değer Vergisi
KİK	: Kamu İhale Kanunu
PRAG	: AB Dış Yardımları İhale ve Hibe El Kitabı
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCDD	: Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğu
TMMMB	: Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği
UDH Bakanlığı	: Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı
YİĞŞ	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi

BÖLÜM I

GİRİŞ

Avrupa Birliği, daha önceden PHARE, ISPA ve SAPARD gibi farklı isim ve uygulamalar kapsamında yürütmekte olduğu mali yardım mekanizmasında 2007-2013 yıllarına ait bütçe dönemiyle birlikte değişikliğe giderek, aday ve potansiyel aday ülkelere yapılan mali yardımları Katılım Öncesi Yardım Aracı (Instrument for Pre-Accession Assistance, IPA) adı altında tek bir çatı altında birleştirmiştir. IPA'nın temel amacı faydalanıcı ülkelerin AB'ye üyelik sürecinde ihtiyaç duyacağı önceliklere hizmet eden projelerin desteklenmesidir. Bu kapsamda IPA; Geçiş Dönemi Desteği ve Kurumsal Yapılanma, Sınır Ötesi İşbirliği, Bölgesel Kalkınma, İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi ve Kırsal Kalkınma olmak üzere beş bileşen altında mali destek sağlamaktadır. 1999 yılı Helsinki Zirvesinde adaylık statüsü kazanan Türkiye de IPA fonlarından bu beş bileşen altında yararlanmaktadır. Türkiye'de Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, IPA'nın Bölgesel Kalkınma bileşeni altında yer alan “ulaştırma” alanındaki Operasyonel Programın hazırlanması ve yürütülmesinden sorumlu Program Otoritesi kurum olarak belirlenmiştir.¹ IPA fonlarının kullanılması, Avrupa Birliği tarafından oluşturulan ve faydalanıcı ülkelere de kabul edilen bir dizi yasal mevzuatın katı bir şekilde uygulanması kuralına bağlanmıştır. Özellikle uygulanmasının zorunlu tutulduğu ihale kuralları ve sözleşme tip idari şartnamelerinin yer aldığı bu yasal mevzuat kapsamında yürütülmekte olan projelerde ihale hazırlığı, sözleşme yönetimi ve ödeme safhalarında uygulamaya yönelik olarak dikkat edilmesi gereken önemli hususlar bulunmaktadır. İlave olarak, ilk seviye yönetim ve kontrol sistemlerinde görev alan aktörlerin görev, yetki ve sorumluluk paylaşımı ile izleme ve değerlendirme görevlerinin iyi analiz edilmesi, ödemelerin *doğru* yapılmasındaki en

¹ 4 Aralık 2009 tarihli ve 2009/18 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile 18 Ekim 2011 tarihli ve 2011/15 sayılı Başbakanlık Genelgesi, Katılım Öncesi AB'den Sağlanacak Fonların Yönetimi

belirleyici faktörlerden biridir. Hem Türkiye'nin hem de Avrupa Birliği'nin ortak hedeflerinden biri olan “sağlam mali yönetim” ilkesinin gerçekte uygulanabilmesi için teknik anlamda ihale ve sözleşme kurgusunun, idari olarak ise yönetim ve kontrol sistemlerinin efektif bir şekilde tasarlanması gerekmektedir. Bu şekilde tasarlanan bir yapının sadece IPA fonlarıyla finanse edilen projelerde değil; aynı zamanda ulusal projelerimizde de oldukça etkili ve ileriye dönük bir gelişme olacağı düşünülmektedir.

1.1. Tezin Amacı

IPA kapsamında yürütülen inşaat projelerini kapsayan kurallar ile kurulması gereken yönetim ve kontrol sistemlerini içeren ve özellikle götürü bedelli inşaat sözleşmelerinin yürütülmesinde İdarelere teknik ve idari anlamda kılavuzluk edecek el kitabı niteliğini haiz bir çalışma bulunmamaktadır. İşbu tezde amaç; İdarelerin bu eksikliğini giderebilecek mahiyette bir çalışma ortaya koymak, mevzuata yönelik olarak İdarelerin kurumsal bilgi ve kapasitelerini güçlendirmek ve bu kapsamda özellikle Program Otoritesi Kurumlarca yürütülecek olan projelerde sağlam mali yönetim ilkesinin uygulanmasını temin edecek öneri ve tespitlerde bulunmaktır.

1.2. Tezin Kapsamı

Tezin Giriş bölümünde çalışmanın amacı ve kapsamı genel olarak ifade edilmiştir. Bu bölümü takip eden ikinci bölümde AB-Türkiye Mali İşbirliği anlatılmış ve IPA hakkında genel bir bilgi verilmiştir. Üçüncü bölümde sözleşme kavramı ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu açısından bu kavramın düzenlenmesi incelenmiştir. Dördüncü bölümde, IPA mevzuatında yürütülen inşaat projelerine doğrudan etki eden yasal düzenlemeler ortaya konulmuştur. IPA mevzuatında önemli bir yer tutan AB kamu satın alma mevzuatı olan AB Dış Yardımları İhale ve Hibe El Kitabı -PRAG (*Procurement and Grants for EU external actions, A Practical Guide*) ve Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu ismiyle anılan

FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*) tip şartnameleri de yine bu bölümde ele alınmıştır. Beşinci bölümde bu kapsamda yürütülen inşaat sözleşmelerinde İdarelerin yönetim ve ödeme fonksiyonlarına doğrudan etki edebilecek yasal yükümlülükler ele alınmış ve bu kapsamda konsolide bir rehber kılavuz sunulmuştur. Altıncı bölümde ise, götürü bedelli inşaat sözleşmeleri özelinde birtakım tespit ve açıklamalarda bulunulmuştur. Bu bölümde teklif birim fiyatlı işlerle götürü bedelli işlerin farklılıkları gösterilmeye çalışılmış, uygulamada FIDIC temelli götürü bedel inşaat sözleşmelerinde karşılaşılan önemli hususlar değerlendirilmiştir. Yedinci ve son bölümde de inşaat sözleşmeleri yönetiminde görev alan aktörlere değinilerek sağlam mali yönetim ilkesini sağlayabilecek yönetim ve kontrol sistemleri ele alınmış ve birtakım öneriler getirilmiştir.

Konu tez, yukarıda değinilen tüm bölümlerin özetlendiği ve IPA mevzuatına göre götürü bedelli inşaat sözleşmesi yöneten kurumların çalışmalarına yön verebilecek nitelikteki tespit ve önerileri ihtiva eden Sonuç bölümüyle tamamlanmaktadır. Bu sonuç ve öneriler, IPA kapsamında fon kullanan bir idare olan Ulaştırma Operasyonel Programı Program Otoritesi'nde üç yıl boyunca edinilen tecrübeler yoluyla oluşturulmuştur.

BÖLÜM II

AB-TÜRKİYE MALİ İŞBİRLİĞİ VE IPA

Bu bölümde AB-Türkiye Mali İşbirliği genel bir bakışla ele alınacak ve daha sonra 2007-2013 IPA dönemi uygulaması ve yasal çerçevesi özellikle Program Otoriteleri açısından kısaca yansıtılmaya çalışılacaktır.

2.1. AB-Türkiye Mali İşbirliğine Genel Bir Bakış

Avrupa Birliği, Avrupa halklarının ekonomik, sosyal, siyasi ve kültürel alanlarda entegrasyonunu öngören uluslar üstü bir yapıdır. AB, üye devletlerin ekonomik ve sosyal kalkınmalarına destek olmak ve gelişmişlik düzeylerini dengeleyebilmek adına birtakım mali araçlarla hibe ya da kredi yoluyla bu ülkelere kaynak tahsis etmektedir. Bu şekilde üye ülkelerin ve vatandaşlarının entegrasyonunun kolaylaştırılması, toplumsal refah, dayanışma, özgürlük, demokrasi, insan hakları ve pazar ekonomisi gibi AB'nin temel ilkelerinin tüm üye devletlerde benimsenmesi ve yaygınlaşması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, AB gerekli gördüğü yerlerde üçüncü ülkelere de mali destek sağlamaktadır.

AB-Türkiye Mali İşbirliği süreci, 1963 tarihli Türkiye-AT Ortaklık Anlaşmasından başlayarak günümüze kadar devam eden bir dönemi ifade etmek için kullanılmaktadır. Önceleri AB nezdinde üçüncü ülke olarak görülen ve mali protokoller aracılığıyla kredi kullandırılan Türkiye, 1996 yılında imzalanan Gümrük Birliği Anlaşması'ndan sonra bu anlaşmanın gerekliliklerini karşılamak için sağlanan kredilerle desteklenmiştir. Bununla birlikte 10-11 Aralık 1999'da gerçekleştirilen

Helsinki Zirvesi'nde Türkiye'nin resmi olarak adaylık statüsü kazanması AB-Türkiye mali ilişkilerine bambaşka bir perspektif kazandırmıştır. Bu tarihten sonra yapılacak yardımlarda, Türkiye'nin AB'ye katılımını kolaylaştıracak yasal düzenlemeler ile kurumsal yapılanmanın sağlanması ve ekonomik ve sosyal uyumun desteklenmesi için projeler yoluyla sağlanan hibe nitelikli fonlar kullanılmaya başlanmıştır.² Helsinki Zirvesi sonrası Türkiye, enerji, ulaşım, halk sağlığı gibi birçok alanda AB müktesebatı ile uyumu amaçlayan birçok yapısal reform gerçekleştirmiş, bu gelişmeler neticesinde 2005 yılında AB ile katılım müzakerelerine başlanmıştır. Müzakere sürecinin başlaması, Türkiye'nin reformist yapısını daha da perçinlemiş ve bu nedenle AB'nin Türkiye'ye verdiği mali destek miktarında da artış yaşanmıştır.

2.2. Katılım Öncesi Yardım Aracı, IPA

AB'ye adaylık süreçleri devam eden ülkelerdeki bu reformist yaklaşımlar, AB'nin mali politikalarını da etkilemiş ve 2007-2013 döneminde aday ve potansiyel aday ülkelere PHARE, PHARE CBC, ISPA, SAPARD, CARDS gibi farklı program ve araçlardan sağlanan fonların verimliliğinin artırılması perspektifiyle tek bir çatı altında birleştirilmesi ve kontrol edilmesi yaklaşımı benimsenmiştir.³ Bu çerçevede, aday ve potansiyel aday ülkelere katılım desteği için sağlanacak fonlar "Katılım Öncesi Yardım Aracı" manasına gelen "Instrument for Pre-Accession Assistance, IPA" adı altında birleştirilmiştir. 2007-2013 döneminde IPA, yararlanıcı ülkelere AB üyelik süreci kapsamında AB müktesebatına uyum ve uygulama yönünde yapmaları gereken siyasi, ekonomik, yasal ve idari reformları geliştirme çabalarında mali yardım öngören en temel hukuki araç olarak yer bulmuştur.

² ABGS Resmi İnternet Sitesi, Türkiye-AB Mali İşbirliği, 05/02/2013, <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=5&l=1>, son erişim: 22/07/2014

³ Avrupa Komisyonu resmi İnternet Sitesi, The Funds- Instrument for Pre-Accession Assistance (IPA), 23/04/2012, http://ec.europa.eu/regional_policy/thefunds/ipa/index_en.cfm, son erişim: 22/07/2014

IPA'nın hukuki zeminini tesis eden ve mali desteğin genel kural ve çerçevesini çizen IPA Çerçeve Tüzüğü⁴ 2006 yılında, IPA'nın uygulama kurallarını ortaya koyan ve detaylı bilgileri ihtiva eden IPA Uygulama Tüzüğü⁵ ise 2007 yılında Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. IPA Çerçeve Tüzüğü Ek-1'de IPA fonlarından faydalanabilecek aday ülkeler, Ek-2'de ise potansiyel aday ülkeler listelenmiştir. Türkiye, Ek-1'de yer alan bir ülke olduğundan IPA fonlarından tam olarak yararlanabilmektedir.

IPA; Geçiş Dönemi Desteği ve Kurumsal Yapılanma, Sınır Ötesi İşbirliği, Çevre, Ulaştırma, Bölgesel Rekabet, İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi ve Kırsal Kalkınma olarak belirlenen alanlarda katılım öncesi mali destek sağlamaktadır. Bu alanlara verilecek mali destek için IPA mevzuatında 5 bileşen öngörülmüştür:

- I. Geçiş Dönemi Desteği ve Kurumsal Yapılanma
- II. Sınır Ötesi İşbirliği
- III. Bölgesel Kalkınma
- IV. İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi
- V. Kırsal Kalkınma

IPA kapsamındaki mali yardımlardan faydalanabilmek, IPA Uygulama Tüzüğü'nde açıklandığı üzere yararlanıcı ülkelere tesis edilecek gerekli idari yapıların oluşturulması ve operasyonların IPA tüzüklerine uygunluğunun sağlanması şartına bağlanmıştır. Bu kapsamda 11 Temmuz 2008 tarihinde AB ile Türkiye arasında, IPA Çerçeve Tüzüğündeki usul ve esaslara dayanılarak IPA kapsamında yapılacak yardım ve işbirliğinin kurallarının belirlendiği bir IPA Çerçeve Anlaşması⁶

⁴ 1085/2006 sayılı 17 Temmuz 2006 tarihli Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA)nın Kurulması konulu Konsey tüzüğü, AT Resmi gazetesi L 210, 31/07/2006, syf: 82-93.

⁵ 718/2007 sayılı 12 Haziran 2007 tarihli 1085/2006 sayılı Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA)nın Uygulanması konulu Komisyon Tüzüğü, AT Resmi Gazetesi, L 170, 29/06/2007, syf:1-66.

Söz konusu Uygulama Tüzüğü, 80/2010 sayılı 28/01/2010 tarihli Komisyon Tüzüğü ile değiştirilmiştir. AT Resmi Gazetesi, L 25, 29/01/2010, syf:1-9.

⁶ 2008/14450 sayılı Avrupa Topluluğu ve Türk Hükümeti Arasında Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA) ile Temin Edilen Yardımın Uygulanması Çerçevesinde Türkiye Cumhuriyetine Sağlanan Avrupa Topluluğu Mali Yardımlarıyla İlgili İşbirliği Kuralları Hakkında Çerçeve Anlaşma, Resmi Gazete, Sayı: 27090 (Mükerrer), 24 Aralık 2008

imzalanmıştır. Bu anlaşma ile Türkiye, tüzüklerde ortaya konulan idari yapılandırmayı oluşturma ve bu kapsamda gerekli kişi ve kurumları görevlendirme yükümlülüğü altına girmiştir. IPA Çerçeve Anlaşması ile belirlenen esaslar doğrultusunda merkezi olmayan yapılanmanın IPA usul ve esaslarına uygun olarak yeniden düzenlenmesi amacıyla 2009/18 sayılı Başbakanlık Genelgesi⁷ yayımlanmıştır. Söz konusu Genelge, Bakanlık teşkilatlarını yeniden düzenleyen KHK'ların yürürlüğe girmesinin ardından 2011/15 sayılı Başbakanlık Genelgesi⁸ ile yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemede ayrıca, Avrupa Birliğinden sağlanan mali yardımların koordinasyonu ve izlemesinden sorumlu farklı düzeylerde kurul ve komiteler tesis edilmiştir.

Bu Genelgeyle IPA'nın 3. ve 4. bileşenleri için ilgili operasyonel programların, 5. bileşeni için ise Kırsal Kalkınma Programının hazırlanması ve uygulamanın yürütülmesinden sorumlu kurumlar Program Otoritesi olarak tanımlanmıştır. Program Otoriteleri; ilgili mevzuat, Avrupa Birliği Müktesebatı ve uluslararası anlaşmalar çerçevesinde operasyonel programların hazırlanması, uygulanması ve izlenmesi, desteklenecek proje ve faaliyetlere ilişkin olarak, programlama, ihale ve sözleşme yapılması, proje ve faaliyetlerin yürütülmesi, ödemelerin yapılması, muhasebeleştirilmesi ile buna ilişkin kontrol, izleme ve değerlendirmelerin gerçekleştirilmesi, ilgili kurum ve makamlara görevleri ile ilgili bilgi, belge ve raporların intikali görevlerinin yerine getirilmesinden sorumludur. Türkiye'de Program Otoriteler şu şekilde belirlenmiştir:

Bileşen	Operasyonel Program	Program Otoritesi
(3) Bölgesel Kalkınma	Çevre	Çevre ve Şehircilik Bakanlığı
	Ulaştırma	Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı
	Bölgesel Rekabet Edebilirlik	Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı

⁷ 2009/18 sayılı Başbakanlık Genelgesi, Katılım Öncesi AB'den Sağlanacak Fonların Yönetimi, Resmi Gazete, Sayı: 27422, 4 Aralık 2009

⁸ 2011/15 sayılı Başbakanlık Genelgesi, Katılım Öncesi AB'den Sağlanacak Fonların Yönetimi, Resmi Gazete, Sayı: 28088, 18 Ekim 2011

(4) İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi	İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi	Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
(5) Kırsal Kalkınma	Kırsal Kalkınma	- Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı (Yönetim Otoritesi); - Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu (Katılım Öncesi Yardım Aracı Kırsal Kalkınma Ajansı)

IPA Uygulama Tüzüğü'nün 155. maddesinde Bölgesel Kalkınma ve İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi bileşenleri kapsamındaki yardımların Program Otoriteleri tarafından tasarlanacak çok yıllık operasyonel programlar aracılığıyla uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Program Otoriteleri tarafından oluşturulan operasyonel programların yine Uygulama Tüzüğü 8(1) maddesi gereğince Avrupa Komisyonu tarafından onaylanması gerekmektedir. Avrupa Komisyonu tarafından onaylanan operasyonel programlar için Finansman Kararı da denilen programın onaylandığına dair Komisyon Kararı alınmaktadır. Tez sahibinin tecrübelerini edindiği Ulaştırma Operasyonel Programı'nın hazırlanış sürecine ilişkin daha detaylı bilgiye "Yapısal Fonlar ve Uyum Fonuna Hazırlık: Türkiye'nin Ulaştırma Operasyonel Programı" konulu AB Uzmanlığı tezinden⁹ ulaşılabilir. Bahse konu operasyonel program 7 Aralık 2007 tarihli Komisyon Kararı ile kabul edilmiştir.

Bununla birlikte IPA Uygulama Tüzüğü'nün 8. Maddesi ile IPA Çerçeve Anlaşmasının 5(3) maddesine göre, finansman kararının gerektirdiği hallerde, Komisyon ve Yararlanıcının, çok yıllık da olabilen;

⁹ Burcu Özcan, Yapısal Fonlar ve Uyum Fonuna Hazırlık: Türkiye'nin Ulaştırma Operasyonel Programı, Avrupa Birliği Uzmanlık Tezi, Eylül 2007.

- Yararlanıcının Topluluk yardımını kabulünü ve söz konusu yardım ile ilgili ödemeye ilişkin esas ve usulleri benimsemesini düzenleyen hükümlerin bulunduğu,
- Çok yıllık program ve/veya operasyonların uygulanması amacıyla ilgili yöntem ve sorumluluklar da dahil olmak üzere yardımın yönetilmesine ilişkin şartları belirleyen, ve
- Komisyon'un ön kontrolü olmaksızın merkezi olmayan yönetimin gerçekleştirilmesine yönelik endikatif kriterlerin ve takvimin yer aldığı bir yol haritasının ortaya konulduğu

bir "Finansman Anlaşması" akdetmeleri gerekmektedir. Bu bağlamda, operasyonel programların, Finansman Anlaşmalarının ayrılmaz bir parçası olduğu ifade edilmektedir. Finansman Kararı alınan operasyonel programlara yönelik olarak Finansman Anlaşması'nın akdedilmesiyle birlikte IPA fonlarının Program Otoriteleri tarafından kullanılması için yasal zemin sağlanmıştır.

İşbu tezin ilerleyen kısımlarında Finansman Anlaşması'na atıfta bulunulan yerlerde Ulaştırma Operasyonel Programı için Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avrupa Komisyonu arasında 18 Kasım 2009'da imzalanan Finansman Anlaşması ve bu anlaşmanın 14 Aralık 2010¹⁰ ve 30 Kasım 2012¹¹ tarihli değişiklikleri göz önüne alınmalıdır.

¹⁰ 2010/1217 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avrupa Komisyonu Arasında Türkiye'ye İlişkin Bölgesel Kalkınma Bileşeni Altındaki Katılım Öncesi Yardım Aracından Sağlanan Topluluk Yardımına Yönelik Çok Yıllı Ulaştırma Operasyonel Programı ile İlgili Finansman Anlaşması ve bu Anlaşmayı Değiştiren Anlaşma, Resmi Gazete, Sayı: 27800, 29 Aralık 2010

¹¹ 2012/4147 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avrupa Komisyonu Arasında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avrupa Komisyonu Arasındaki Türkiye'ye İlişkin "Bölgesel Kalkınma" Bileşeni Altındaki Katılım Öncesi Yardım Aracından Sağlanan Topluluk Yardımına Yönelik Çok Yıllı "Ulaştırma" Operasyonel Programı ile İlgili Finansman Anlaşmasını Değiştiren Finansman Anlaşması, Resmi Gazete, Sayı: 28532 (Mükerrer), 18 Ocak 2013

BÖLÜM III

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

İnşaat sözleşmeleri, yasal bir çerçevede tarafların karşılıklı edimlerini içeren bir anlaşma statüsünde olduğundan ötürü hukuki bir yönü, kapsamında inşaat yapılması ya da tesis kurulması gibi mühendislik konuları içerdiğinden teknik bir yönü ihtiva eder. Bu kapsamda, inşaat sözleşmelerinin doğru bir şekilde yönetilmesi için teknik bilgi ve kapasite yeterli olmamaktadır. Bu bölümde, “inşaat sözleşmeleri” kavramı hukuki yönleriyle ele alınacak, sözleşme ve uygulamalarında Program Otoritelerinin tabi olduğu yasal düzenlemeler belirtilecektir.

3.1. İnşaat Sözleşmesi Kavramı

Türk Dil Kurumu “sözleşme”yi bir hukuk terimi olarak sınıflandırmakta ve *“hukuki sonuç doğurmak amacıyla iki veya daha çok kişinin, kuruluşun karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla gerçekleşen işlem, bağit, akit, mukavele, kontrat”* olarak tanımlamaktadır¹². Gerçekten de, “sözleşme” kavramını hukuki konjonktürden ayrı ve bağımsız düşünmek mümkün değildir. IPA kapsamında olsun ya da olmasın her sözleşmede “kapsayan yasal mevzuat” ya da “geçerli hukuk” başlığı altında *“bu sözleşmede Türkiye Cumhuriyeti hukuku geçerlidir”* gibi bir tanımlama yapıldığı görülmektedir. Bunun sebebi her sözleşmenin yasal bir zemini olmak zorunda olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, tarafların üzerine karşılıklı olarak imza attıkları

¹² Türk Dil Kurumu resmi internet sitesi, tdk.gov.tr, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53e7224f60aa48.12994732 , son erişim: 24/07/2014

belgenin, borç ve alacak ilişkisi doğurması açısından hukuki bir geçerliliği olmak zorundadır.

Yasal sistemler ülkeden ülkeye değişebileceği için, sözleşmenin dayandığı hukuki altyapının iyi bir şekilde analiz edilmesi sözleşme şartlarının yorumlanmasında ve anlaşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynamaktadır. Sözleşmenin İngiltere gibi anglo-sakson teamül hukuku sistemine sahip bir yerde akdedilmesi ile Roma hukukuna dayanan medeni hukuk kuralları kapsamında ihtiva edilmesi çok farklı sonuçlar doğuracaktır. Özellikle hukukun Kur-an, sünnet, icma ve kıyas yoluyla belirlendiği şer-i hukukun yaygın olarak kullanıldığı Arap coğrafyasında akdedilen sözleşmelerin yorumlanması ve anlaşmazlıkların çözümü ayrıca çalışılması gereken bambaşka bir olaydır.

Roma hukukunda inşaat sözleşmeleri “izin verme ve işe alma” anlamına geliyordu (*locatio conductio operis*)¹³. *Locatio Conductio*, bir kişinin ücreti karşılığında başka bir kişiye bir şeyin kullanımını sağlaması ya da hizmet vermesi olarak tanımlanabilmektedir. Üç çeşit izin verme ve işe alma ayrımı yapılmaktaydı:

- Bir malın alınması (*locatio conductio rei*)
- Bir servisin alınması (*locatio conductio operarum* ya da *locatio operarum*)
- Bir işin alınması (*locatio conductio operis* ya da *locatio operis faciendi*)

Son ayırmada bir iş emrini veren ve karşılığında ücretini ödemeye hazır olan tarafa *locator*, işi yapan tarafa da *conductor* denilmekteydi. Türkiye gibi İsviçre medeni hukukundan (dolayısıyla Roma hukukundan) kaynaklanan hukuk sisteminde *locatio conductio operis*'in hala geçerli olduğu görülmektedir. Türk hukuk sisteminde inşaat sözleşmeleri, eski 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun¹⁴ 355-371. maddeleri arasında yer alan “istisna akdi” kapsamında değerlendirilmekteydi. Bu

¹³ Axel-Volkmar Jaeger ve Götze-Sebastian Hök, *FIDIC-A Guide for Practitioners*, Springer, 2010, syf:2

¹⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 366, 8 Mayıs 1926.

yasada kullanıldığı üzere “istisna”, Arapça kökenli bir kelime olup sanat ve mahareti gerektiren, emek sarf ederek bir şeyi meydana getirmek demektir¹⁵. Bu kanuna göre istisna akdi şöyle tanımlanmaktaydı: “*İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeğe taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder*”. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK)¹⁶ 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesi ile 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Türk Borçlar Kanunu’nda “istisna sözleşmesi” kavramı yerine “eser sözleşmesi” kavramı kullanılmıştır. Bu kanunun 470 ile 486. Maddeleri arası “eser sözleşmesinin” hukuki niteliğini belirlemektedir. Buna göre, eser(istisna) sözleşmesinde bir şey, bir eser meydana getirme söz konusudur ve bu eser taşınır veya taşınmaz bir eser olabilir.

Diğer bir yandan, “inşaat sözleşmesi” kavramı kanunî bir deyim olmamakla birlikte, hukuk literatürüne yerleşmiş genel bir ifadedir ve müteahhitin iş sahibine bir taşınmaz inşa etmeyi veya başka bir taşınmaz üzerinde belirlenmiş inşaat çalışmalarını gerçekleştirmeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Günlük konuşmalarımızda bina ve inşaat dendiğinde genel olarak akla taşınmaz (gayrimenkul) yapılar, evler, hastaneler, vs. gelir. Buna karşın hukukî anlamda “bina” yalnız taşınmaz yapılar için kullanılmaz ve inşaat faaliyeti de sadece taşınmaz yapı inşaatlarını kapsamaz. Hukukumuzda taşınmaz inşaatı, bir arsada sürekli kalması amacıyla yapılan ve niteliği de buna uygun olan, arsaya fiziksel olarak bağlı yapıları ve bunların inşasını ifade eder. Buna karşılık, belli bir süre için bir arsa üzerine yapılan bina ve yapılar Medeni Kanun m.728 uyarınca “taşınır yapı” olarak kabul edilir¹⁷. Taşınır ve taşınmaz inşaat kavramına inşaat sözleşmeleri açısından bakıldığında, bu sözleşmelerin konusunun genellikle taşınmaz inşaatları kapsamakla birlikte, gemi inşaatları gibi bazı taşınır inşaatları da kapsadığı görülmektedir. İşte bu yönüyle de inşaat sözleşmesi, olağan eser(istisna) sözleşmesine benzemektedir. Dolayısıyla inşaat sözleşmesi, eser(istisna) sözleşmesi niteliği taşıyan ve müteahhit tarafından bir yapı eserinin (inşaat eserinin) meydana getirilmesinin taahhüt edildiği

¹⁵ Sinan Sami Akkurt, Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:10, Sayı: 2, 2008, Syf: 13-64 (Basım Yılı: 2010)

¹⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 27836, 4 Şubat 2011.

¹⁷ Sena Şekerci, Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi, Başkent Üniversitesi, SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010

ve karşılığında iş sahibince bir bedelin borçlanıldığı sözleşmedir¹⁸. Bu tanımla birlikte, Program Otoriteleri tarafından yapılan inşaat sözleşmelerinin 6098 sayılı TBK'nın 470 ile 486. Maddeleri arasında yer alan eser sözleşmesi kapsamında yapılan sözleşmeler olduğunun, sözleşme maddelerinin yorumlanması ve sözleşmelerin taraflara yükledikleri sorumlulukların tespitinde bu kanun hükümlerinin görmezden gelinemeyeceğinin altını çizmek gereklidir.

3.2. TBK Açısından İnşaat Sözleşmelerinin Unsurları:

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470. Maddesinde eser sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”. Tanımdan da anlaşılacağı üzere eser sözleşmesinde (dolayısıyla inşaat sözleşmesinde) 3 temel unsur bulunmaktadır: eser meydana getirmek, bedel ödemek ve sözleşme yapmak (anlaşma sağlamak).

Tanımdan da anlaşılacağı üzere “Eser meydana getirmek” kavramı, TBK açısından eser sözleşmelerinin en temel unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan “eser” kavramına nelerin girdiği ve kanunda geçtiği şekliyle “meydana getirme” kavramının nasıl anlaşılması gerektiği inşaat sözleşmeleri perspektifinde önem arz etmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda “şey”, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda “eser” olarak ifade edilen kelimenin neleri kapsadığı hususu hukukçular arasında tartışmalara sebebiyet vermiştir. Eser kavramının en kesin tanımı Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31 Mayıs 1988 tarih, 3682/2136 esas ve karar numaralı kararında şu şekilde yapılmıştır: “*İnsan emeği ile meydana getirilen ve iktisaden bir değer taşıyan her hukuki varlık bir eserdir*”¹⁹. Bu tanıma göre eser sözleşmesinde “eser” kavramı hem maddi nitelikte hem de manevi nitelikte olabilmektedir. Bununla birlikte, inşaat sözleşmelerinin “eseri” olan inşaat yapısına yönelik olarak 4734 sayılı

¹⁸ Tamer İnal, Uluslararası Mimarlık-Mühendislik Standart Sözleşmelerinin, Meslek Birliklerine Özgü Uluslararası Nitelikte Hukuk Yaratması, Özellikleri, Yarar ve Sakıncaları, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 51-52, syf: 218-249

¹⁹ İlker Hasan Duman, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, 2008

Kamu İhale Kanunu (KİK)²⁰ Madde 4'te "Yapım" şu şekilde tanımlanmaktadır: *"Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini ifade eder"*. Uygulamada ise inşaat sözleşmelerine KİK m. 4'te sayılan türden taşınmaz inşaatlarının konu olduğu görülmektedir. Bu çerçevede inşaat eseri *"toprağa doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı olan, insan ve hayvanların barınmasına veya diğer ihtiyaçlarını gidermesine, içinde eşyaların saklanmasına ya da bulundurulmasına yarayan etrafi ve üstü az çok kapalı, suni olarak insan emeği ile yapılmış ve düzenlenmiş şeylere"* denir²¹.

Eser(istisna) sözleşmesinde eserin meydana getirilmesi, müteahhitin sanat ve becerisiyle, düşüncesiyle veya finans gücüyle gerçekleştirdiği bir sonuçtur. Bu sonuç, ilk defa meydana getirilmesi ya da meydana getirilmiş bir eserin değiştirilip düzeltilmesi veya yok edilmesi ya da fikrî bir çalışma(manevî eser) yoluyla ortaya çıkar²². Taşınmaz inşaatları için kullanılan inşaat eseri kavramı ise manevi nitelikteki eserler için kullanılmamakta, mutlaka maddi eserler için kullanılmaktadır.²³ Uygulamada meydana getirme ve inşa etme kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

Müteahhitin eser meydana getirme olan asli borcuna karşılık iş sahibinin en önemli borcu bu işin bedelini ödemektir. Eser sözleşmesinin meydana gelmesi için iş sahibinin taahhüt ettiği bedel kural olarak bir miktar para olmalıdır²⁴. Türk Borçlar Kanunu, bedeli iki şekilde tasnif etmektedir: götürü bedel ve değere göre bedel. Götürü bedelli sözleşmelerde müteahhit, iş sahibi ile birlikte önceden anlaşılan bedelde işi fen ve sanat kurallarına göre bitirmek ve teslim etmek zorundadır. Eserin

²⁰ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 24648, 22 Ocak 2002

²¹ Şekerci, 2010, a.g.e

²² İzzet Karataş, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2004.

²³ Şekerci, 2010, a.g.e

²⁴ Karataş, 2004, a.g.e

yapımı sırasında müteahhitin başlangıçta öngördüğünden daha fazla miktarda iş yükü ve masraf çıkmış olsa dahi, müteahhit belirlenen bedelin artırılmasını talep edemez. Diğer bir taraftan, eserin yapımı öngörülenden daha az emek gerektirmiş ve daha az bir masrafla tamamlanmış olsa dahi iş sahibi bedelin azaltılmasını talep edemez, tamamını ödemekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere, götürü bedelli sözleşmelerde miktar ve masraf değişkenlerinin riski müteahhit üzerine verilmiştir. İş sahibi, işin en başından itibaren eserin tesliminde ne kadar bedel ödeyeceğini bilmektedir. Değere göre bedel belirlenmesi, TBK m. 481'e göre yapılmaktadır. Buna göre, eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenmektedir. Bu tarz sözleşmelerde eser bedeli yaklaşık olarak belirlenmekle birlikte, iş sahibinin ödeyeceği nihai bedel, müteahhitin eser inşasında maruz kaldığı gerçek miktar ve masrafa dayanarak işin sonunda eserin teslimi sırasında belli olmaktadır. Konuyla alakalı detaylı bilgi tezin eser sözleşmelerinde iş sahibinin ücret ödeme borcu kısmında verilecektir.

Diğer bir taraftan, eser sözleşmelerinde bedel, para olarak değil; tarafların anlaştıkları maddi değeri olan başka bir karşılık olarak da belirlenebilmektedir. Eser sözleşmesinde bedel olarak "kat karşılığı inşaat sözleşmeleri"nde olduğu gibi arsa payı veya bağımsız bölüm mülkiyetinin geçirilmesi kararlaştırılmış ise bu durumda taraflar arasında "karma eser sözleşmesi" var demektir. Eser yapımına karşılık bedel alınması öngörülmemişse; taraflar arasındaki ilişki bağış veya vekillik sözleşmesine göre değerlendirilebilir²⁵. Türk Borçlar Kanununun 479. maddesine göre iş sahibinin eser bedelini ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olmaktadır. İnşaat sözleşmeleri gibi büyük yatırım gerektiren, yapım aşaması uzun sürebilen sözleşme türlerinde Müteahhitin işin tamamını yapabilmesi ve eseri teslim edebilmesi için nakit akışı ve finansman kıstasları açısından ara hakediş ödemeleri yapılmadığı takdirde mümkün değildir. Kanun, bu şekilde ara ödeme yapmaya cevaz vermektedir.

²⁵Nevra Öksüz – Türk Hukuk Sitesi, Eser Sözleşmeleri ve Cezai Şart, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1480.htm, erişim: 24/07/2014.

İnşaat sözleşmelerinin son unsuru taraflar arasında sözleşme akdeden anlaşmanın yapılmasıdır. TBK m. 1’de “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur” demektedir. İlginçtir ki, yaygın kanının aksine, TBK, sözleşmelerin oluşturulması için herhangi bir şekil şartı koymamaktadır. Diğer bir yandan, inşaat sözleşmelerinin büyük çaplı ve yüksek maliyetli oluşu ve neticesinde karşılaşılabilecek hukuki işlemlerin kesin delille ispatı gerektiğinden sözleşmelerin yazılı şekilde yapıldığı görülmektedir. IPA mevzuatında ise PRAG kuralları yazılı olarak akdedilmiş bir sözleşmeyi şart koşmaktadır. Bir hukuki ilişki içine giren tarafların sonradan ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek için yazılı bir sözleşme yapmaları ve bu sözleşme ile hak ve yükümlülüklerini açık bir şekilde belirlemeleri tabii ki menfaatleri gereğidir. Bu aşamada, TBK hükümleri açısından sözleşmelerin kapsamıyla alakalı olarak çok önemli hususlar ortaya çıkmaktadır. Yukarıda anlatıldığı üzere, taraflar arasında kurulan sözleşmeler kanuna aykırı olamazlar. Program Otoritesi Bakanlıklarca yürütülmekte olunan inşaat sözleşmelerinde sözleşmelerin genel idari şartnameleri İdare tarafından yazılmaktadır. İdareler, inşaat sırasında oluşabilecek problemlerden ötürü müteahhitlerin hak taleplerine karşı kendilerini güvence altına alabilecek maddeleri idari şartnameye işlemektedirler. Sözleşme bu şekilde imzalanırsa dahi TBK’nın 21 ve 22. maddeleri gereği bu maddeler yazılmamış sayılmaktadır: “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır”, “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez”. Benzer bir şekilde, Program Otoritesi Kurumlarca özellikle tasarla- yap tipli sözleşmelerde teknik şartnamelerin yazılması sırasında yeterli tetkik ve araştırmanın yapılmamasından ötürü kapsamın net olarak ortaya konulmadığı gözlenmiştir. İş kapsamının net olmamasından ötürü sözleşme imzalanmasından sonra İdare ile müteahhit arasında anlaşmazlık baş göstermektedir. Oysa TBK 23. maddede “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla İdarelerin birtakım bilgileri kasten gizledikleri veya

özellikle flu bıraktıkları durumlarda tahkim ya da mahkeme heyeti TBK'nın bu hükmünden ötürü müteahhiti haklı bulacaktır.

3.3. TBK Açısından İnşaat Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

İnşaat sözleşmelerinin hukuki niteliğini incelerken tanımının yeniden göz önünde bulundurulması gerekmektedir: inşaat sözleşmesi, eser(istisna) sözleşmesi niteliği taşıyan ve müteahhit tarafından bir yapı eserinin (inşaat eserinin) meydana getirilmesinin taahhüt edildiği ve karşılığında iş sahibince bir bedelin borçlanıldığı sözleşmedir. Bu tanıma göre inşaat sözleşmelerinde taraflar tam iki tarafa da borç yükleyen, “ivazlı” bir anlaşma yapmak için rıza göstermiş olmaktadır²⁶. Bu bakımdan, eser sözleşmeleri özel hukuk ilişkisi doğurmaktadır.

Gerçekten de inşaat sözleşmeleri, tanımı ve özellikleri itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu tür sözleşmelerde her iki taraf da birbirine karşı bir sorumluluk yüklenmekte, diğer bir ifadeyle karşılıklı olarak borca girmektedir. Borçlar arasında tam anlamıyla karşılıklılık ve bağıllık ilişkisi vardır ve taraflardan birinin borcu diğerinin ediminin sebep ve karşılığını oluşturur. Tam iki tarafa edim yükleyen sözleşme, tarafların edimlerinin birbiriyle değiştirilmesi ile meydana gelir²⁷. Sözleşme uyarınca, müteahhitin üstlendiği inşa eserinin meydana getirilmesi ile iş sahibinin ödemeyi yüklediği ücret, sözleşmenin aslî edimleri ve zorunlu unsurlarıdır. Bu edimler açısından her iki taraf da hem alacaklı hem de borçlu durumundadır²⁸. İnşaat sözleşmelerinin diğer bir niteliği ise “ivazlı” olmalarıdır. İvaz, karşılık anlamına gelmektedir. Hukuki işlemlerin sınıflandırılmasında önem arz eden bir kavramdır. Eğer bir sözleşme, sözleşen taraflardan sadece birisine borç yüklemekte ve diğer taraf herhangi bir yüküm altına girmeksizin sözleşmeden yararlanmaktaysa, ivazsızdır. İnşaat sözleşmeleri ivazlıdır; çünkü sözleşme ile iş

²⁶ Kemal Dayınlarlı, Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü İnşaat Sözleşmeleri Hukuku Lisansüstü Sertifika Programı Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri dersi ders notları, 2013

²⁷Şekerci, 2010, a.g.e

²⁸ Mustafa Reşit Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, İstanbul, 1997

sahibi belirli bir ücret ödemeyi borçlanırken, müteahhit de bu ücret karşılığında kararlaştırılan inşa eserini tamamlayıp, teslim etmeyi, çalıştırmayı yüklenir. Ücret unsurunun yerine getirilmediği veya başka bir edimle yerine getirildiği bir sözleşmenin eser sözleşmesi ve dolayısıyla inşaat sözleşmesi olduğundan bahsedilemez²⁹.

Edim, Borçlar Hukukunda alacaklının isteyebileceği ve borçlunun yapmak zorunda olduğu davranış, ivaz anlamına gelir. Edimin yerine getirilme zamanı açısından ise ani, dönemsel ve sürekli edimden söz edilebilmektedir. Yüklenilen edimin bir defada, bir tek fiille yerine getirilmesi halinde ani edim (örneğin satılanın teslimi ile mülkiyetin alacaklıya geçmiş olması), buna karşılık belli zaman aralıklarında (düzenli veya düzensiz) yerine getirilmesi halinde ise dönemsel edim (örneğin bir yıl süre ile yazıcının sarf malzemelerinin belli bir firma tarafından doldurulması) söz konusudur. Eğer edim, kesintisiz bir fiil ya da davranışlarla yerine getirilebiliyorsa sürekli edimden söz etmek gereklidir (örneğin işçinin iş görme borcu)³⁰. İnşaat sözleşmelerinin hukuki niteliği değerlendirilirken, sözleşmenin ifa süresi bakımından ne tür edim borcu yüklediğinin iyi analiz edilmesi gereklidir. Bu ayrımın önemi, sözleşmenin sona ermesi halinde ortaya çıkar. Örneğin, ani edimli bir sözleşme taraflardan birinin irade beyanı ile sona erdiğinde geçmişe etkili olarak, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmede ise, ileriye etkili olarak sona erer³¹. İnşaat sözleşmesinde, edim fiili açısından bir değerlendirme yapıldığında, müteahhitin borçlandığı edimin zaman içine yayıldığı görülür. Bu sebeple sözleşmenin sürekli edimli bir sözleşme olduğu ileri sürülebilirse de doktrindeki hakim görüşe göre; bunu belirleyecek olan bir işin görülmesi değil, işin sonucunun, yani inşa eserinin meydana getirilip teslim edilmesidir. İnşaat sözleşmelerinde sözleşme eki şartnamelerinde tanımlanan işin teslimi söz konusu olduğundan, inşaat sözleşmelerinin ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğu sonucu çıkarılabilir³²

²⁹ Fahrettin Aral, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2003

³⁰ M. Reşat Koparan, Uzlaşmada Edimin Konusu, Uzlaşma Uygulamalarının Geliştirilmesi Proje Toplantıları, 12-13 Haziran 2008

³¹ Karahasan, 1997, a.g.e

³² Şekerci, 2010, a.g.e

3.4. İnşaat Sözleşmelerinin Tarafları

İnşaat sözleşmesinin tarafları müteahhit ve iş sahibidir. İnşaat sözleşmesine konu olan inşa eserini ısmarlayan kişi iş sahibidir. İş sahibi, işin sözleşmeye uygun olarak yapılmasında ve teslim alınmasında menfaati olan ve işin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesine karşılık müteahhite ücret ödeyecek olan kişidir. İş sahibi gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi iş ortaklıkları veya gruplaşmış müesseseler şeklinde de olabilmektedir. Müteahhit ise, iş sahibinin ısmarladığı inşaatı bir ücret karşılığında yapmayı yüklenen kişidir. Bu çerçevede doktrinde müteahhite “yüklenici” ve iş sahibine “işveren” de denilmektedir. Müteahhit gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişiliğe sahip anonim, limited veya kolektif şirket şeklinde kurulmuş bir ticari ortaklık da olabilir. Uygulamada en çok joint venture (ortak girişim) ve konsorsiyum şeklindeki ortaklıklara rastlandığı için bu tarz örgütlenmeleri daha detaylı olarak incelemek gerekmektedir.

Özellikle Ulaştırma Operasyonel Programı altından yürütülen inşaat projeleri, gerek ilk yatırım maliyetleri, gerekse istenilen teknik ve finansal yeterlikler yönünden çok büyük projelerdir. Bu büyüklükteki işlerde yalnızca bir müteahhitin işi alma ve tamamlama edimini yerine getirme gücü olmayabilmektedir. Bu durumda, yani Ulaştırma Operasyonel Programı gibi büyük demiryolu ya da liman inşaatının söz konusu olduğu projelerde birbirinden bağımsız müteahhitler belirli gruplar oluşturabilmektedir. Bu gruplardan en sık rastlanana ise Joint- Venture (Ortak Girişim) ve Konsorsiyumdur. Bu gibi ortaklık türlerinin ülkemizde son yıllarda sık uygulandığı ve özellikle, büyük bayındırlık işleri yapan yabancı firmalar arasında veya bu firmalarla yerli firmalar arasında ya da doğu ülkelerinde geniş çaplı işlere girişen Türk müteahhitlerle yerli müteahhitler arasında imzalandığı görülmektedir. Bu tür ortaklıkların kurulmasında, iş gücü ve finansal desteğin yanı sıra işin büyük olan rizikosunu dağıtmak, rasyonel bir iş bölümü gerçekleştirmek veya yerli olan ortağın sahip olduğu ayrıcalık veya kolaylıklardan faydalanmak gibi sebepler de

etkendir³³. Nitekim 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 14. maddesinde ortak girişimler “iş ortaklığı” ve “konsorsiyum” olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

İş ortaklığı birden fazla gerçek veya tüzel kişinin kendi kişiliklerini koruyarak ihale aşamasında bir araya gelmesinden oluşan bir ortaklık türüdür. Ortaklık üyelerinin ihaleye konu olan işi birlikte üstlenmeleri esastır. Yani bütün firmalar işin tamamının gerçekleştirilmesinden müştereken ve müteselsilen sorumludurlar. İş ortaklığının konusu sadece “bir” işin ifasından ibarettir. İş ortaklığı, aralarından bir “pilot ortak(firma)” seçerek onu idari işlerin yürütülmesi ve ortaklığın temsili için yetkili kılar. Ancak bu pilot ortağın yaptığı tüm iş ve tasarruflardan bütün ortaklar sorumlu olur³⁴.

İhale konusu işin, ayrı ayrı uzmanlık gerektirdiği durumlarda uzmanlık alanları ayrı olan gerçek veya tüzel kişiler, iş ortaklığının aksine, ortak üyelerin hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere bir ortaklık oluşturabilirler. Bu tür ortak girişimlere konsorsiyum denilmektedir. Konsorsiyumda iş sahibine karşı her ortak kendi yaptığı işten sorumludur. Yine bu durumda da ortakların aralarından bir temsilci ve yetkili seçmeleri zorunludur. Seçilen bu ortak “koordinatör” olarak adlandırılır³⁵. İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları, konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini ihale dokümanında belirtirler (md. 14). IPA mevzuatında ise PRAG,

³³ Kemal Dayınlarlı, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara, 2007

³⁴ Dayınlarlı, 2007, a.g.e

³⁵ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 24648, 22 Ocak 2002

“İsteklilere yönelik talimatlar” başlıklı eklerinde ortak girişimleri “iş ortaklığı” çerçevesinde tutmuş, isminde konsorsiyum da geçse müşterek müteselsil sorumluluk yüklemiştir. PRAG’ta öngörülen bir diğer husus da, KİK’in aksine İdare ile yapılacak sözleşmelerin tüm taraflarca değil, sadece Ortak Girişimin pilot ortağıyla imzalanmasıdır. Bununla birlikte, ortak girişimin diğer ortaklarından yazılı olarak müşterek müteselsil sorumlu olduklarını kabul ve beyan ettikleri deklarasyon alınmaktadır³⁶.

İnşaat sözleşmesinin konusu, işin niteliği itibariyle birden çok uzmanlık alanını gerektiren ve geniş kapsamlı projelerin uygulanması olduğu için işin kısmen de olsa alt müteahhitlere (taşeron) devri söz konusu olmaktadır. Bu şekilde asıl müteahhit işi *uzman* alt müteahhitlere devrederek kendi maliyetini düşürmektedir. Taşeronlardan anlaşılması gereken, asıl müteahhitin eseri meydana getirme borcunun ifasını, kendi adına yaptığı bir istisna sözleşmesi ile kısmen ya da tamamen kendi hesabına çalışan yardımcı bir kişiye bırakmasıdır. Örneğin, bir demiryolu işinde asıl müteahhit, işin altyapısını bir taşeron, elektromekanik sistemleri başka bir taşeron verebilir. Ancak, işin iş sahibine tesliminde iş sahibine karşı taşeron sorumlu değil, asıl müteahhit sorumludur. Asıl müteahhit, alt müteahhitte yaptığı alt müteahhitlik sözleşmesi dolayısıyla iş sahibi niteliğindedir³⁷. Bu sebeple İdare, asıl müteahhitte taşeronu arasındaki sözleşmenin bir tarafı değildir.

3.5. Tarafların İnşaat Sözleşmesinden Doğan Borçları

İnşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesinin bir türü olduğu için Türk Kanunlarının geçerli olduğu sözleşmelerde bu Kanun hükümlerine tabii olunacağı yukarıda anlatılmıştı. TBK, eser sözleşmelerini ele alırken aynı zamanda tarafların sözleşme kapsamında yüklendiği borçları da düzenlemektedir. Buna göre, sözleşmenin iki tarafı olan müteahhit ve iş sahibinin kanun kapsamında yüklendiği borçlar bulunmaktadır. Müteahhit ve iş sahibinin borçları aşağıda detaylandırılacaktır.

³⁶ PRAG, Annex D4c, Tender Form, 07/04/2014

³⁷ Şekerci, 2010, a.g.e

3.5.1. Müteahhitin İnaaat SzleŒmesinden Doğan Borçları

Eser szleŒmelerinde müteahhit bir eser meydana getirmekle ve bu eser maddi bir Œeyse, o eseri teslim etmekle yükümlüdür. Bu acıdan müteahhitin bir eser meydana getirmek ve o eseri teslim etmek olmak üzere baŒlıca iki ana borcu bulunmaktadır³⁸. Bununla birlikte, bu iki ana borçtan doğan ve bu borçların szleŒme esaslarına uygun bir Œekilde ifa edilebilmesini sağlayan birtakım ilave borçların da öne çıktığı görülmektedir. Müteahhitin TBK hükümlerinden devŒirilen bu ilave borçları iŒi zen ve sadakatle yapma, iŒi bizzat yapma veya kendi idaresi altında yaptırma, araç, gereç ve malzeme sağlama, genel ihbar yükümlülüğü, iŒe zamanında baŒlama ve devam etme, ayıba karsı tekeffül olarak belirlenebilmektedir³⁹.

3.5.1.1. Müteahhitin İnaa Eseri Meydana Getirme Borcu

Türk Borçlar Kanunu m. 470'te açıkça belirtildiği gibi, kanun koyucunun eser szleŒmelerinde müteahhite yüklediği en temel borç bir eser meydana getirme borcudur. İnaaat szleŒmeleri de eser szleŒmesinin bir türü olduğundan müteahhitin borcu inŒaatı yapmak olarak da tanımlanabilir. İnaa eserinin meydana getirilmesinde asıl olan, szleŒmenin kararlaŒtırılan Œekilde kusursuz, ayıpsız ve eksiksiz ifasıdır. Aksi halde, szleŒmeden beklenen yararlar dengesi bir taraf aleyhine bozulabilir. Tam iki tarafa borç yükleyen szleŒmelerin özelliğinden dolayı böyle bir durumda bir taraf edimini yerine getirmemiŒ sayılacağından, karŒı tarafın edimini yerine getirmesini de isteyemez⁴⁰. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 28 Ocak 2004 tarih ve 3442/446 esas ve karar sayılı bir kararında eser tanımı Œu Œekilde yapılmıŒtır: *“Eser szleŒmesi, karŒılıklı edimleri içeren bir iŒ görme szleŒmesidir. Yüklenicinin edimi, eseri meydana getirmek ve iŒ sahibine teslim etmek, iŒ sahibinin karŒı edimi ise, teslim edilen eserin bedelini(cret) demektir. Eser, yüklenicinin sermayesini,*

³⁸ Akkurt, 2008, a.g.e

³⁹ Kemal Dayınlarlı, Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku AraŒtırma Enstitüsü İnaaat SzleŒmeleri Hukuku Lisansüstü Sertifika Programı Borçlar Kanunu Açısından İnaaat SzleŒmeleri dersi ders notları, 2013

⁴⁰ KarataŒ, 2004, a.g.e

*sanat ve becerisini kullanarak gerçekleştirdiği sonuçtur. İş sahibi ısmarladığı eserin belli nitelikler taşımasını, amacını karşılmasını arzu eder. Şayet ısmarlanan eser iş sahibinin beklentisini karşılamıyorsa sözleşmenin yararlar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. **Bu bakımdan eser, fen ve sanat kurallarına uygun ve iş sahibinin amacını karşılar nitelikte imal edilmelidir. Aksi halde eser bozuktur(ayıplıdır) ve yüklenicinin bozukluğa(ayıba) karşı garanti sorumluluğu ortaya çıkar.**"⁴¹*

Yukarıdaki Yargıtay Kararı'na istinaden, Müteahhitin eser meydana getirme borcu, inşaat sözleşmeleri için bir inşa eserini sözleşme ve eki teknik şartnameler ile tasarımlara, fen ve sanat kurallarını gözeterek yapma borcu olarak tanımlanabilir.

3.5.1.2. Müteahhitin İnşa Eserini Şahsen Yapma ya da Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Borcu

TBK m. 471'de yer aldığı şekliyle *"Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir"*. Buna göre, müteahhitin şahsi özelliklerinin önem taşıdığı hallerde eserin bizzat kendisi tarafından meydana getirilmesi gerekmektedir. Çünkü bu gibi hallerde eser, onu meydana getiren kişinin özelliklerini taşır. Müteahhitin işi kendi yönetiminde yapma borcu, yüklenilen eser yapımı işinin maddi bakımdan ve personel açısından düzenlemesi; gerekli çalışma araçlarının sağlanması, yardımcı şahısların iş kapasitesine göre hazırlanması ve işin gerektirdiği önlemlerin alınması hususlarını içerir⁴².

Diğer bir yandan, günümüzde inşaat sözleşmeleri bakımından müteahhitin işin tamamını kendisinin yapması genel olarak pek mümkün değildir. Bu durum

⁴¹ Şekerci, 2010, a.g.e

⁴² Muaz Ergezen, İnşaat Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı (Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2004

inşaat sözleşmelerinde hem teknik, hem de ekonomik açıdan çok zordur; çünkü inşaat projelerinde büyük tesislerin inşaatı gündemdedir ve bu tür inşaatlar çeşitli uzmanlık alanlarına ilişkin tekniklerin de bir arada kullanılmasını gerektirir. Bu durumda müteahhit, işi şahsen ifa etmek yerine, inşaatı gerçekleştirmek için fiilî ve fikrî emek vererek çalışacak kişileri bir araya getirmek ve onların uyumlu ve uygun çalışmalarını denetlemekle görevli olmalıdır. Müteahhit tarafından ifa edilecek işin bir başkası tarafından üstlenilmesi durumunda bir alt eser sözleşmesinden söz edilir. Alt eser sözleşmesi de niteliği itibarıyla bir eser sözleşmesi olduğu için TBK 470-486. madde hükümlerine tabiidir. Alt eser sözleşmesinin konusunu da eser sözleşmesinin konusu oluşturur.

Müteahhitin eseri bizzat yapma ve kendi yönetimi altında yaptırma borcunun bulunduğu hallerde işi başkasına veya yönetimi altında olmaksızın yaptırması sözleşmeye aykırılık teşkil edecek ve onun, bu sebeple doğan zarardan sorumlu olması sonucunu doğuracaktır.

3.5.1.3. Müteahhitin Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu

TBK m. 471'teki düzenlemeye göre, aksine adet veya anlaşma olmadıkça müteahhit, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır. Kanunda geçen "araç ve gereç"ten kastın ne olduğu tanımlanmamıştır. Her ne kadar genel konuşma dilinde araç ve gereç "malzeme" anlamında kullanılıyor olsa da, inşa eseri açısından araç(ve gereç); inşaatın meydana getirilmesi sırasında ondan yararlanılan ve **inşa eserinin içeriğine dahil olmayan**, inşa eseri tamamlandıktan sonra da yıpranmış olsa dahi eserden ayrılabilen ve kim tarafından sağlanmış ise, mülkiyeti de ona ait olan nesnelere veya tesislerdir.⁴³ Bir inşaat için gerekli araç gereçler arasında inşaat makineleri başta gelir. Bunun yanı sıra motorlar, vinçler, beton kalıplar, makine yedek parçaları, iskeleler, barakalar,

⁴³ Efrail Aydemir, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2009

geçici enerji hatları, işçi ve ustaların kullanacakları alet edevat da araç gereç olarak tanımlanabilmektedir.⁴⁴

Diğer bir yandan TBK m. 472, malzeme bakımından taraflara düşen borçları göstermesi bakımından önemlidir. Metinde “*Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur. Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.*” ifadesine yer verilmiştir. Malzeme kavramı ise, doktrinde eserin meydana getirilmesi için **inşa eserinin içeriğine dahil olan** ve onunla bütünleşen veya onun bütünleyici parçası olan nesnelere veya tesisler olarak açıklanmaktadır⁴⁵. Malzemenin ayıpsız olması, sözleşmede vaad ve zikredilen ya da dürüstlük kuralına göre gerekli vasıfları taşıyan malzeme olması anlamına gelmektedir. Malzeme istenilen kaliteye sahip, yani orta kalitede ise, iyi cins malzeme sayılır. Ayrıca malzeme, inşa eserini tür itibarıyla sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirmeye elverişli ise, gerekli vasıflara sahip malzeme niteliği taşır⁴⁶.

3.5.1.4. Müteahhitin Genel İhbar Borcu

TBK m. 472 son fıkrası uyarınca; “*Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur*”. Program Otoritelerince kullanılan FIDIC tip şartnamesini haiz sözleşmeler de oldukça önemli bir yer tutan “ihbar” şartı TBK hükümlerinde de yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca, müteahhit eserin gerektiği gibi ya da zamanında yapılmasını

⁴⁴ Karataş, 2004, a.g.e

⁴⁵ Aydemir, 2009, a.g.e

⁴⁶ Şekerci, 2010, a.g.e

engelleyecek bir durumla karşılaştığında derhal iş sahibine ihbar vermelidir. Aksi takdirde haklı olsa dahi tüm hak talepleri düşmektedir.

3.5.1.5. Mütahhitin İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu

“Ani edimli” veya “sonuç sözleşmeleri” olarak bilinen eser sözleşmelerinde borcun ifası eserin teslim edilmesine bağlıdır. İşe ne zaman başlanacağı, tamamlanan eserin ne zaman teslim edileceği, taraflarca belirlenir. İnşaat sözleşmesinde, eserin inşasından teslimine kadar müteahhit birinci derecede sorumlu olduğu için eserin ne kadar sürede tamamlanabileceği konusunda da yetkili kişi odur. Bu yüzden iş sahibine belirli bir vade günü vermek zorundadır⁴⁷.

TBK m. 473’in 1. fıkrasında bu duruma ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre: “*Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.*”

İş sahibinin, müteahhitin işe başlamakta gecikmesi nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi belli şartlara bağlıdır. Buna göre, işe başlama tarihinin sözleşmede açıkça belirtildiği hallerde, bu tarihten sonra hala işe başlanmamışsa iş sahibi TBK m. 473/1’e göre sözleşmeden dönebilmektedir.⁴⁸

Sözleşme hükümlerine aykırı olarak işin gecikmesi hallerinde ise, müteahhit işe zamanında başlamıştır; fakat, buna rağmen sözleşmede belirtilen kurallara göre ya da işin niteliğine göre olması gereken tempodan yavaş ilerlemektedir. İşte bu gibi durumlarda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için sadece işin

⁴⁷ Şekerci, 2010, a.g.e

⁴⁸ Ergezen, 2004, a.g.e

benzer işlere göre yavaş sürmesi değil, somut olayın özelliklerine göre söz konusu işin daha hızlı yapılmasının mümkün olması gerekir.⁴⁹

İşin kararlaştırılan zamanda bitmeyeceğinin anlaşılması üzerine iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi, iş sahibinin kusuru dışında gerçekleşmelidir. Buna göre, işin yapılmasındaki gecikme müteahhitin işi zamanında bitiremeyecek derecede olursa iş sahibi TBK m. 473/1'e dayanarak teslim tarihini beklemeksizin sözleşmeden dönebilmektedir.⁵⁰ Sözleşmeden dönülmesi durumunda olabilecek sonuçlar, tezin TBK açısından inşaat sözleşmelerinin sona ermesi kısmında açıklanmıştır.

3.5.1.6. Müteahhitin Meydana Getirdiği İnşa Eserini Teslim Etme Borcu

Müteahhitin eseri teslim borcu, onun, eser sözleşmesinden kaynaklanan ana borçlarındandır ki müteahhitin bu borcunu yerine getirmiş olması için, meydana getirdiği eseri, ifa amacı ile iş sahibinin emrine vermiş (tasarruf ve kullanma alanına geçirmiş) olması gerekir. Eser sözleşmesinin konusu bir eserin meydana getirilmesi değil de var olan bir eserin onarılması ise teslim, iş sahibinin eşyasını rahatsız edilmeden kullanabilmesini tekrar sağlama anlamını taşır⁵¹.

3.5.1.7. Müteahhitin İş Sadakat ve Özenle Yapma Borcu

TBK m. 471'de "*Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen*

⁴⁹ Ergezen, 2004, a.g.e

⁵⁰ Ergezen, 2004, a.g.e

⁵¹ Akkurt, 2008, a.g.e

basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır” denmektedir.

Sadakat borcu, en geniş anlamıyla müteahhitin eser inşa etme edimini sözleşmeye göre tamamlaması dışında, iş sahibinin her alanda menfaatlerini gözetme ve sözleşme sayesinde elde ettiği pozisyonu kendi çıkarına kullanmama yükümlülüklerini içermektedir. Bir başka deyişle, müteahhitin, iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapması ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınması ve bilgilendirmesi manasına da gelmektedir. TBK m. 471’de göre sadakat borcunun iki özel görünüşü belirtilmiştir. Buna göre malzeme iş sahibi tarafından verildiği takdirde, müteahhitin, malzemenin kullanılışı hakkında hesap verme ve artanı iade etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca müteahhitin, iş devam ettiği sırada iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın, eserin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye koyacak ayıplardan onu haberdar etme yükümlülüğü vardır. Bu iki özel durumun dışında müteahhitin sır saklama yükümlülüğü altında olduğu ve bu yükümlülüğün, eser sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam edeceği ifade edilmektedir⁵².

Müteahhitin özen borcu, inşaat sözleşmesi ile ifasını yüklenmiş olduğu inşa eserini meydana getirirken, benzer bir inşa eserinin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir müteahhitten beklenen tüm dikkati sarfetmek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak ve kullanmaktan oluşmaktadır. Bu da müteahhitin alanında yetenekli ve becerikli bir meslek adamının göstereceği özen ve dikkati göstermesiyle mümkün olmaktadır. Müteahhit özen yükümlülüğü gereğince bir işi üstlenirken kendi bilgisinin, uzmanlığının ve finansal gücünün o iş için yeterli olup olmadığını incelemeli ve ona göre işi üstlenmelidir. Aksi takdirde özen borcuna aykırı davranmış olur ve bundan sorumlu olacaktır.⁵³

⁵² Akkurt, 2008, a.g.e

⁵³ Şekerci, 2010, a.g.e

3.5.1.8. Müteahhitin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Eserin tesliminden sonra zen ve sadakat yükümlülüğünün yerini ayıba karşı tekeffül sorumluluğ almaktadır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12 Ekim 1998 tarih ve 3228/3801 sayılı kararı ile bunu Şu Şekilde belirtmektedir: “zen borcuna aykırılık nedeniyle yüklenicinin sorumluluğ, eser teslim edilmiş olsa dahi, sonuÇ sorumluluğ, başka bir anlatımla, ayıba karşı tekeffül(BK m.360) sorumluluğ olarak ortaya ıkar”⁵⁴.

Ayıba karşı tekeffül borcu, müteahhitin meydana getireceğ inşa eserinde ortaya ıkan ayıp ve eksiklikleri üstlenme borcudur. Genel olarak “ayıp”, bir malda normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunması caiz olmayan bozuklukların bulunmasıdır. Başka bir ifadeyle, satılan Şeyin hukuki durumunda, özünde ya da vasıflarında bulunan ve alıcının o Şeyden hukuken, maddeten veya iktisaden yararlanmasını engelleyen ya da gereğ gibi yararlanmasına engel teşkil eden ve akdin kurulumu sırasında alıcı tarafından bilinmeyen tüm noksanlıklar, ayıp olarak nitelendirilir⁵⁵. Teslim edilen (bütünüyle tamamlanmış) eser, müteahhitin taahhüt ettiğ nitelikleri ve sözleşmede öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli unsurları taŐımıyorsa müteahhitin ayıba karşı tekeffül borcu ortaya ıkar. Bu yönüyle “ayıp”, sözleşmede üzerinde anlaşılan veya lüzumlu olan niteliklerin teslim edilen eserde bulunmamasıdır⁵⁶.

İŞ sahibinin, müteahhite karşı ayıp nedeniyle tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi işin gerekli Şartlar iki Şekilde inceleyebilir. Bunlar: maddi Şartlar ve Őekl Şartlardır. Müteahhitin ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluğnun doğabilmesi işin gerekli maddi Şartlar Şunlardır: Tamamlanarak teslim edilmiş inşa eseri ayıplı olmalıdır, bu ayıp sebebi iş sahibinden kaynaklanmamalıdır, iş sahibi ayıplı eseri kabul etmemelidir ve ayıptan doğan hak zamanaŐımına uğramamıŐ

⁵⁴ Şekerci, 2010, a.g.e

⁵⁵ Ayşe Tuba Canbaz (Karaosmanoğlu), Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Alım Satım Aktinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Ankara Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008

⁵⁶ Akkurt, 2008, a.g.e

olmalıdır. İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için kanunda öngörülen şekli şartların da yerine getirilmesi ve iş sahibinin bu hakkını zamanında kullanması gerekir. Kanunda öngörülen şartlar, iş sahibine yükletilen külfetler olup, bunlar TBK m. 474/1’ de hükme bağlanmıştır. Bunlar, iş sahibinin eseri muayene külfeti ile ayıbı ihbar külfetidir. Bu külfetler, iş sahibinin gerçek anlamda bir borcunu oluşturmaz, bunların yerine getirilmesi sadece iş sahibinin tekeffüle dayanan haklarının doğum şartıdır.⁵⁷ Nitekim TBK m. 477/2’de iş sahibinin gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal etmesi durumunda eseri kabul etmiş sayılacağı belirtilmektedir.

TBK m. 475’de ayıba karşı tekeffül borcundan dolayı iş sahibinin kullanabileceği üç türlü hak düzenlenmiştir. Bu haklar; sözleşmeden dönme, ücretten indirim yapılması ve eserin düzeltilmesi haklarıdır. Bunlar kanunda sınırlı sayıda sayılmış oldukları için genişletilemezler. Diğer bir ifadeyle, sözleşmelerde kanun hükmüne aksi olarak fazlası yazılması durumunda o sözleşme maddeleri uygulanamaz. Bu haklar, nitelikleri itibariyle seçimlik haklardır. Kanun bu hakların yanında iş sahibine ayrıca ayıptan doğan zararın tazminini isteme hakkı da tanımıştır. İnşaat sözleşmelerinde müteahhitin “ayıba karşı tekeffül” borcu hakkında daha detaylı bilgiye Sena Şekerci’nin Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi Yüksek Lisans Tezinde ulaşılabilir.

3.5.2. İş Sahibinin İnşaat Sözleşmesinden Doğan Borçları

TBK m. 470-486 arasında ele alınan eser sözleşmelerinde müteahhitin asli edimi olan eser meydana getirme borcuna karşılık iş sahibinin asli edim borcunun da buna karşılık olarak bir bedel ödeme borcu olduğu görülmektedir. Kanun koyucu, bedel ödeme borcuna bu şekilde değinmekle yetinmemiş, aynı zamanda bedelin belirlenmesi konusunda işbu tezin kapsamında da önemli olan birtakım düzenlemeler getirmiştir. Bununla birlikte iş sahibinin bedel ödeme borcu olan asli edim borcuna

⁵⁷ Şekerci, 2010, a.g.e

karşılık birtakım ilave borçları bulunmaktadır. Bunlar, taahhüt etmişse inşaat malzemesini (araç ve gereçleri değil) sağlamak, malzeme sağladıysa malzemenin durumuyla alakalı olarak kendisi tarafından bilinen ve müteahhitin farkına varamayacağı tehlikeli veya işi etkileyebilecek diğer vasıfları hakkında müteahhiti bilgilendirmek, inşa eserinin tesliminden sonra ayıplı olup olmadığını kontrol edip ayıp bulduğu takdirde bunu ihbar etmek olarak sıralanabilmektedir. Doktrinde bu yan borçlar, borçtan ziyade “yan külfetler” olarak da anılmaktadır⁵⁸. Tezin bu bölümünde sadece iş sahibinin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan temel borcu olan “ücret ödeme borcu”na değinilecektir.

3.5.2.1. İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu

İş sahibinin ücret ödeme borcuna ilişkin hükümler TBK 479, 480 ve 481. maddelerde işlenmiştir. TBK hükümlerine göre ücret işin başında taraflarca belirlenebildiği gibi, bedel belirlenmemiş ya da yaklaşık olarak belirlenmiş olabilmektedir. Götürü bedelli inşaat sözleşmelerinde bedel taraflarca önceden tayin edildiği için bedelin belirlenmediği ya da yaklaşık olarak belirlendiği durumlar bu tezde ele alınmayacaktır.

Götürü bedel ücret TBK m. 480’de düzenlenmiştir. Kanuna göre “*Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafi gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez..... Eser, öngörülenden az emek ve masrafi gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.*”

⁵⁸ Kemal Dayınlarlı, Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü İnşaat Sözleşmeleri Hukuku Lisansüstü Sertifika Programı Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri dersi ders notları, 2013

Götürü bedelli sözleşmelerinde iş sahibi, işin bedelini sözleşme yapılırken bilmektedir. Kanuna göre götürü bedelli işlerde yine kanunda sayılan istisnai durumlar vuku bulmadığı takdirde iş bedeli üzerinde herhangi bir revizyon yapılamamaktadır. Diğer bir yandan, “götürü bedel” nedir, kapsamı nedir, sorularının tanımının kanunda yapılmadığı görülmektedir. Doktrinde götürü bedel üç türde incelenmektedir: toptan (sabit) götürü ücret, global götürü ücret ve birim fiyatlı ücret⁵⁹.

Toptan (sabit) götürü ücret, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda “anahtar teslimi götürü bedel” olarak isimlendirilmektedir. FIDIC literatüründe “EPC/Turnkey” kontratların genel idari şartnamelerinin düzenlendiği gümüş kitapta⁶⁰ ele alınmaktadır. Toptan götürü ücret, inşaat sözleşmesinde meydana getirilen esere karşılık ödenecek net bedeli ifade etmektedir. Tarafların kararlaştırdıkları bu ücret, taraflar için bağlayıcıdır ve “ahde vefa” ilkesi gereği istisnai durumlar hariç değiştirilememektedir. İnşaat sırasında müteahhitin gerçekte karşılaştığı masraflar göz ardı edilir; iş sahibinin sözleşmede kararlaştırılan bu miktarın fazlasını ya da azını ödemesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, müteahhit; masraf, emek, makine ve teçhizat, malzeme fiyatlarındaki artış gibi riskleri olağanüstü bir durum olmadığı sürece üstlenmek durumundadır. Bu tür sözleşmelerin dezavantajı, müteahhitlerin sözleşmedeki bu koşulu bilmelerinden götürü güvenli tarafta kalmak ve karlarını maksimize etmek için tekliflerini bu risk faktörlerini de dikkate alarak yüksek tutmalarıdır.

Götürü bedelli sözleşmelerde uygulamada müteahhit ile İdare’nin temel anlaşmazlığının iş kapsamından kaynaklandığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, müteahhit işin götürü bedelli olduğunu ve sözleşmede belirlenen bedelin değişmeyeceğini bilmektedir. Ancak, bu bedel “hangi iş” karşılığında verilecektir? Müteahhitin yaptığı bir iş kalemi götürü bedel kapsamında mı değerlendirilmelidir, yoksa iş kapsamında belirtilmeyen bir iş dolayısıyla “ilave iş” statüsünde mi değerlendirilmelidir? İlave işler, götürü bedel kapsamında değerlendirilen işler

⁵⁹ Şekerci, 2010, a.g.e

⁶⁰ FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, 1999

olmadıklarından ötürü bedellerinin ilave olarak ödenmesi gereken iş kalemleridir. Bu sebepten ötürü sözleşmenin kurulması aşamasında iş kapsamının detaylı olarak belirlenmesi çok önemlidir. KİK’te anahtar teslimi götürü bedelli işlerle iş bedeli, çoğunlukla İdare tarafından verilen uygulama projeleri ve mahal listelerinde yer alan imalat kalemlerine dayanılarak hesaplanmaktadır. Diğer bir yandan FIDIC Sarı Kitap idari şartnamelerinde uygulama projeleri ve mahal listeleri sözleşmenin kurulmasından sonra müteahhit tarafından oluşturulduğu için “İşverenin Şartları” (Employer’s Requirements) da denilen performans kriterleri kapsamı belirlemektedir. İşverenin Şartlarının açık ve net bir şekilde tanımlanmadığı takdirde iş kapsamı da net olamayacak ve uygulamada anlaşmazlık çıkabilecektir.

Global götürü ücret, toptan götürü ücretin özel bir türünü teşkil etmektedir⁶¹. Bu ücret türü ile taraflar her türlü pahalılaşıma veya fiyat artışına karşı çekincelerini ortaya koymakta, sözleşmenin kesin fiyat özelliğini bir anlamda ortadan kaldırmaktadırlar. Burada ücretin her türlü pahalılaşması durumunda, bu durum ister enflasyon ister malzeme fiyatları ya da işçi ücretlerindeki artış sebebiyle ortaya çıksın, tarafların sözleşme ile haklarını saklı tuttıkları görülür ve sözleşme ile belirlenmiş olan ücret yeni duruma uydurulur. Global ücretin bu anlamda toptan götürü ücretten farkı, global ücrette pahalılaşmadan doğan fiyat farkının ayrıca ödeniyor olması iken toptan götürü ücrette bu fiyat farkının ödenmemesidir. Fakat, global ücrette fiyat artışından doğan fiyat farkı ödenecek kalemlerin ayrıntılı olarak belirlenmesi gerekir⁶².

Uygulamada Program Otoritesi olan kamu idarelerinin fiyat farklarının bütçelenmesi ile ilgili problem yaşadıkları görülmektedir. Sözleşme bütçesi, imzalanan sözleşme bedeli ile sınırlı tutulduğundan IPA mevzuatında fiyat eskalasyonundan doğabilecek fiyat farklarının hangi bütçeden ödeneceği düzenlenmemiştir. İmzalanan sözleşme bedeli, sözleşmede belirlenen inşaat kalemlerine yönelik ihaleler yoluyla isteklilerin vermiş oldukları teklifler çerçevesinde ödenmesi gereken bedellerdir. Diğer bir yandan, fiyat farkları bu iş

⁶¹ Şekerci, 2010, a.g.e

⁶² Şekerci, 2010, a.g.e

kalemlerine ilave olarak enflasyon farklarından kaynaklanan ödemelerdir. Bu tutarın imzalanan sözleşme bedeli çerçevesinde değil, o sözleşmeye yönelik oluşturulmuş global bütçe altından ödenmesi hesapların netliği ve şeffaflığı açısından daha doğru bir yol olacaktır. IPA mevzuatında genelde sözleşmedeki iş kalemlerinin kümülatif tutarının %15'i olarak belirlenen ve imzalanan sözleşme bedeline dahil edilen "Yedek Akçe"nin (Contingency Amount) fiyat farklarından doğan ilave tutar için kullanılmaması gerekmektedir.

Birim fiyatlı ücretli işlerde taraflar sözleşmenin kurulması aşamasında kullanılacak iş kalemlerinin fiyatları üzerinde anlaşmakta ve eserin teslimi sonrasında müteahhite ödenecek tutar, müteahhitin gerçekte yapmış olduğu imalat miktarı hesaplanarak (metraj), bu miktarın ilgili olduğu birim fiyatıyla çarpılarak ödenmektedir. Birim fiyatlı ücrette sonradan fiyatlar üzerinde bir değişiklik yapılmadığı için ücret götürü olarak belirlenmektedir. Bununla birlikte, müteahhitin katlandığı gerçek masraflar işin sonundaki ölçümlerden sonra belirli olacağından ötürü iş sahibi sözleşmenin kurulması aşamasında ödeyeceği ücreti mertebe bazında tayin etmektedir. Bir inşaatta birim fiyat usulü ile karşılaştırılan ücret şu şekilde tespit edilir. Öncelikle; birim fiyatlar tespit edilir. Birim fiyatlar, sözleşmeye göre müteahhitin üstleneceği inşaattaki birçok iş kalemi için her yıl tespit ve ilan edilen rayiçler kullanılarak geliştirilmiş fiyat analizleri sonucu bulunur. Bu şekilde belirlenen birim fiyat cetvelleri, inşaat işlerinin poz numaraları ile birlikte bir liste halinde hazırlanır ve sözleşmenin eki olarak sözleşmeye dahil edilip taraflarca imzalanır. Böylece müteahhitin yaptığı inşaat kalemlerinin miktarları (yani metre, metrekare, ton, kg, adet ve parça cinsinden hesaplanan birim miktarları) sözleşme ile karşılaştırılmış birim fiyatlarla çarpılarak her kalem iş için müteahhite ödenecek ücret bulunur. Son olarak bulunan her bir iş kalemlerinin ücretleri toplanır ve böylece inşaatın tamamı için müteahhite ödenecek ücret elde edilmiş olur⁶³. Birim fiyat, sözleşmenin kuruluşu sırasında yapılan birim fiyat analizleri dikkate alınarak taraflarca müştereken imzalanmış birim fiyat cetvellerinde(listelerinde) tespit edilebileceği gibi, sonradan ortaya çıkan ilave iş ve iş değişiklikleri nedeniyle yine taraflarca mevcut birim fiyat analizleri dikkate alınarak ya da birim fiyat analizlerinin

⁶³ Şekerci, 2010, a.g.e

olmadığı durumlarda pazarlık usulü ile tespit edilip düzenlenen ve imzalanan birim fiyat tespit tutanakları ile belirlenir. Birim fiyatlar belirlenirken bu fiyatla çarpılarak yapılan iş kalemlerinin miktarının ispatı müteahhite aittir. Müteahhitin yaptığı iş miktarının belirlenmesinde iki yol göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi, birim fiyatla çarpılan müteahhitin iş miktarının fiilen ölçülerek veya tartılarak ya da sayılarak bulunmasıdır. İkincisi ise, bu iş miktarının projeye veya sözleşmeye uygun şekilde teorik olarak hesaplanmasıdır⁶⁴. Pratikte iki yol da kullanılmaktadır.

Götürü ücret, yukarıda da değinildiği üzere genel bir kural olarak inşaat süresinde ve sonrasında “ahde vefa” ilkesi gereği değişmemektedir. Yine de TBK m. 480’de götürü bedelin değişmezliği kuralına istisna getirilmiştir: “... Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir”.

Bu istisnai maddenin hakkaniyet ilkesi sonucunda oluşturulduğu düşünülmektedir. Bilhassa, müteahhitin bir eseri belirlenen götürü bedelde meydana getirmesini engelleyebilecek ya da aşırı derecede güçleştirecek bir durumun müteahhit açısından ifa imkansızlığına sebep olacağı ortadadır. Durum tespitini yaparken öncelikle öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumların ne olduğunu ortaya koymak gerekmektedir. Bunu yapabilmek için öncelikle mücbir sebep, umulmayan hal ve olağanüstü olay kavramlarını incelemek icap etmektedir. Mücbir sebep, borçlu veya sorumlu kişinin işletmesi ya da faaliyet alanı dışında kalan ve bir borcun veya genel bir davranış normunun ihlaline mutlak olarak karşı konulamayacak şekilde yol açan, öngörülmesi ve kaçınılması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Umulmayan hal ise, sorumlu ya da borçlunun kaçınamayacağı şekilde genel bir davranış normunu veya bir borcu

⁶⁴ Şekerci, 2010, a.g.e

ihlal etmesine sebep olan olaydır. Umulmayan halde borçlunun kendisinden beklenen tedbirleri olsa dahi kaçınamayacağı bir olay söz konusu iken, mücbir sebepte borçlu tedbir olsa dahi *kimsenin* kaçınamayacağı bir olay meydana gelmektedir⁶⁵. Diğer yandan, bir olayın olağanüstü hal sayılabilmesi için belirli niteliklere sahip olması gerekir. Bu nitelikler şunlardır: olay genel nitelikte ve gerçek olmalıdır, olay sürekli olmalıdır, olağanüstü olayın oluşumuna taraflar yabancı kalmış olmalıdır ve olay öngörülemez nitelikte olmalıdır; ancak öngörülemezlikten kasıt kimsenin tahmin edemeyeceği, hiç meydana gelmemiş olaylar değildir. Öngörülemezlik kavramı objektif olarak değerlendirilmelidir ve bu unsurun varlığını belirlerken sözleşmenin süresine, yapıldığı zamana ve inşaatın icra edileceği yere dikkat edilmelidir. Objektif nitelikteki olağanüstü haller, doğal olaylardan kaynaklanabileceği gibi sosyal ve ekonomik sebeplerden de kaynaklanabilir. Örneğin; havaların beklenmeyecek şekilde bozulması, savaş, seferberlik, ihtilal veya grev gibi sosyal olaylar, ekonomik krizler, yüksek oranda yeni vergilerin konması, devalüasyon gibi ekonomik sebeplerle işçi ve malzeme ücretlerindeki beklenmeyen artışlar olağanüstü hallere örnek teşkil edebilir. Buna karşılık, tarafların ortak bir anlaşma ile kabul ettikleri olasılıkların dışında bıraktıkları haller de olağanüstü haller olarak sayılmalıdır. Bu durumda, yukarıda sayılan hallerin olağanüstü olay sayılabilmesi için gerekli şartların varlığına bakılmaz⁶⁶.

TBK m. 480'in uygulanabilmesi için yukarıda değinilen durumların inşaatın tespit edilen götürü bedelle tamamlanmasına engel olacak ya da aşırı derecede güçleştirecek derecede olması, meydana gelen olağanüstü halin oluşumunda müteahhitin herhangi bir kusurunun neden olmaması ve olağanüstü hal gerçekleştiği anda durumu iş sahibine ihbar etmesi gerekmektedir. Daha ayrıntılı bilgi için Sena Şekerci tarafından kaleme alınmış “anahtar teslimi inşaat sözleşmesi” yüksek lisans tezine başvurulabilir.

⁶⁵ Şekerci, 2010, a.g.e

⁶⁶ Cem Baygın, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999

3.6. TBK Açısından İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi

İnşaat sözleşmelerinin sona ermesi çeşitli yollarla olabilmektedir. Bunlar, müteahhitin asli edim borcu olan bir inşa eserini meydana getirme borcunu ifa edip, bu eserin de iş sahibi tarafından kabul edilip teslim alınması şeklinde gerçekleşen olağan sona erme, ifa imkansızlığı nedeniyle sona erme, iş sahibi tarafından tazminat ödenmesi şartıyla sözleşmenin tek taraflı olarak feshedilmesi, iş sahibinin müteahhitin işe zamanında başlamaması ya da işi geciktirmesi sebebiyle sözleşmeden dönmesi ve iş sahibinin inşa eserinin ayıplı olması nedeniyle sözleşmeden dönmesi şeklinde olmaktadır. Sözleşmenin sona ermesi, TBK m. 482 ile 486. maddeleri arasında ele alınmıştır⁶⁷.

3.6.1. İfa Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi

Sözleşmenin iki tarafa yüklediği borçlar taraflarca ifa edilirler ve böylece sözleşme kendiliğinden sona ermiş olur. Bu tür sona ermede müteahhit kendi borcu olan sözleşme şartlarını haiz inşa eseri meydana getirme edimini zamanında ve ayıpsız olarak teslim etmekte, iş sahibi ise inşa eserini kontrol ve tetkik ederek ayıpsız olduğunu kabul etmekte ve eserin bedelini müteahhite ödemektedir.

3.6.2. İfa İmkânsızlığı Nedeniyle Sona Erme

İfanın imkânsızlığı, ifayı engelleyebilecek mahiyette öngörülemeyen bir olayın gerçekleşmesi ile ya da iş sahibinin bir eyleminden veya müteahhitin şahsında ortaya çıkan beklenilmeyen bir durumdan kaynaklı olabilmektedir. Sonuçları bakımından farklılık yarattığından bu hususlar ayrı olarak değerlendirilecektir.

⁶⁷ Kemal Dayınlarlı, Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü İnşaat Sözleşmeleri Hukuku Lisansüstü Sertifika Programı Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri dersi ders notları, 2013

Öngörülemeyen bir olayın gerçekleşmesi sonucu ifa imkânsızlığı TBK m. 483'te işlenmiştir: *“Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur”*. Bu şekilde ifa imkânsızlığının olabilmesi için inşa eseri henüz teslim edilmemiş olmalı, iş sahibi de teslim almada temerrüde düşmemiş olmalı (eğer müteahhit eseri tamamlayıp işi teslim etmek istemesine rağmen iş sahibi teslim almamışsa, beklenmedik olay bu aşamada gerçekleşirse sorumluluk iş sahibine geçmektedir) ve en önemlisi inşa eseri telef olmalıdır. İnşa eserinin yok olmasına neden olmakla birlikte, iş sahibi ve müteahhite yüklenilemeyen her olay umulmayan olay olarak düşünülebilir. Eserin teslimden önce yok olma riski müteahhite aittir, yani hasar müteahhitin sorumluluğundadır. Bu sebeple, müteahhit eserin telef olması halinde iş sahibinden hiçbir talepte bulunamaz. Bu taleplere örnek olarak, müteahhitin işin bedelini ve yaptığı giderlerin ödenmesini istemesi mümkün değildir⁶⁸.

İş sahibinin bir eyleminden ötürü müteahhit için ifa imkânsızlığı, TBK m. 483/2'de yer almaktadır: *“Eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır”*. Bu maddenin uygulanabilmesi için inşa eseri yol olmalı; ancak bu, iş sahibinin yanlış bir talimatı veya sağladığı kusurlu malzeme yüzünden meydana gelmelidir. Bununla birlikte, müteahhit iş sahibini özen ve sadakat borcu ile genel ihbar borcuna ithafen iş sahibini zamanında uyarmış olmalıdır. Belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde müteahhit, iş sahibinden yaptığı işin bedelini, bu bedel dışındaki diğer giderlerini ve iş sahibinin kusurunun varlığı halinde bunu ispat ederse, uğradığı zararın (yoksun kalınan kârın) tazminini isteyebilmektedir⁶⁹. Bu husus TBK m. 485'te şu şekilde açıklanmıştır: *“Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırse yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini*

⁶⁸ Şekerci, 2010, a.g.e

⁶⁹ Şekerci, 2010, a.g.e

isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır”.

TBK m. 486’ya göre, müteahhitin ölümü neticesinde veya kusuru olmaksızın eseri tamamlamasında ifa imkânsızlığı doğmuşsa, müteahhitin kişisel yetenekleri dikkate alınarak oluşturulan inşaat sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. Bu durum kanunda şu şekilde yer almaktadır: *“Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür”.* Kanundaki bu hükmün uygulanabilmesi için birtakım koşullar söz konusudur. Öncelikle, eserin meydana getirilmesi, yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılmış olmalıdır. Bir inşaat eserinde genellikle müteahhitin kişisel özellikleri veya yetenekleri dikkate alınmaz. Bu durumda müteahhitin ölmesi neticesinde müteahhitin mirasçılarının bizzat ya da başkası eliyle inşaatı devam ettirmeleri mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla kanundaki bu hüküm uygulanamayabilir. İkinci koşul, müteahhit gerçek kişiye ölmüş ya da tüzel kişiye tasfiye edilmiş ya da inşaatı objektif nedenlerle (kendi kusuru olmaksızın) maddi olarak bitirme aczine düşmüş olması gerekmektedir. Bu durumların gerçekleşmesi durumunda sözleşme kendiliğinden sona ermiş olmaktadır. Diğer bir yandan, inşaatın bir kısmı tamamlanmış ve müteahhit veya mirasçıları da bunu iş sahibine sunmuşlarsa, bu kısım kullanılmaya uygun ise, iş sahibi inşaatı kabul etmeye ve bu kısmın bedelini sözleşmeye göre ödemeye mecburdur.

3.6.3. Sözleşmenin İş Sahibi Tarafından Tek Taraflı Olarak Feshedilmesi

İş sahibi, sözleşmenin kurulmasından sonra, müteahhitin herhangi bir kusurundan kaynaklı olmayan bir sebeple, hatta herhangi bir haklı sebep olmaksızın bile inşaa eserinin tamamlanmasından önce sözleşmeyi feshedebilmektedir. Ancak, bunun hukuki sorumluluğuna katlanmak zorundadır. TBK m. 484’te bu husus şu şekilde açıklanmıştır: *“İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan*

kısımın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir”. İş sahibi, en nihayetinde işi teslim alacak olan taraftır ve sözleşmenin kurulmasından sonra eseri inşa ettirmekten vazgeçebilir. Kanunda yer alan bu maddenin uygulanabilmesi için öncelikle inşa eserinin müteahhit tarafından meydana getirilmesinin tamamlanmamış olması gerekmektedir. İkinci olarak ise iş sahibinin fesih yolunda sergilediği bu tek taraflı keyfi irade beyanını müteahhite bildirmesi gerekmektedir.

İş sahibinin sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmesi üzerine sözleşme derhal sona ermektedir. Bu durumda müteahhitin inşa eseri meydana getirme ve bunu teslim etme borcu da sona ermektedir. Müteahhitin iş sahibinden inşaatın bedelini (ücretini) isteme hakkı yerine müteahhitin tazminat alacağı geçer. Bununla birlikte, iş sahibi, fesih beyanının müteahhite ulaşmasına kadar eserin yapılmış olan kısmının bedelini ödemek zorundadır. Yapılmış olan kısımdan ise, müteahhitin o ana kadar yaptığı bütün edimler anlaşılmalıdır ve böylece müteahhitin yaptığı hazırlık çalışmaları ve sağlayıp teslim ettiği malzeme masrafları da ödenecek kısmi bedelin hesaplanmasında göz önünde tutulmalıdır. Ayrıca iş sahibi, müteahhite sözleşmenin ifası için harcadığı tüm işçilik masraflarını da ödemek zorundadır. Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa, müteahhit artan kısmı iş sahibine iade etmekle yükümlüdür⁷⁰.

Diğer bir yandan, Kanunda “yüklenicinin bütün zararlarını gidermek” şeklinde ifade edilen şey yalnızca müteahhitin fesih tarihine kadar meydana getirdiği eser bedeli ve masraflar değildir. Burada tazmini istenecek olan zarar, müteahhitin ifaya olan çıkar kaybı, yani “*müspet zarar*”dır. Böylece müteahhit inşa eserini meydana getirip teslim etse idi hangi ekonomik durumda bulunacak idi ise, iş sahibinden o duruma getirilmesini ister. İş sahibinin müteahhite ödeyeceği müspet zararın içine hem fiilî zarar hem de yoksun kalınan kâr girer. Buradaki yoksun kalınan kârdan kasıt, müteahhitin feshedilen sözleşmeden elde edeceği kârdır. Müspet zarar şu şekilde hesaplanmaktadır: müteahhit tarafından, fesih anına kadar yapılan masraflar ile işin tamamlanması halinde elde edilecek gayrı sâfi (brüt) kârın

⁷⁰ Şekerci, 2010, a.g.e

(buna vergi, harç gibi masraflar girmez) toplamı bulunur. Bu kâr, sözleşme, tarifeler, müteahhitin defterleri ve diğer emarelere göre tespit edilir⁷¹.

3.6.4. İş Sahibinin Müteahhitin İşe Zamanında Başlamaması ya da İş Geciktirmesi Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi

Müteahhitin işe zamanında başlama ve devam etme borcu yukarıda anlatılmıştı. Müteahhitin işe zamanında veya hiç başlamaması, işi yavaş yürüterek ya da erteleyerek ifa borcunu ihmal etmesi halinde iş sahibi dilerse TBK m. 473/1'e dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir, dilerse borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere dayanarak sözleşmeden dönebilir. TBK m. 125'de düzenlenen temerrüt hükümleri; vadeyi beklemeksizin müteahhite uygun bir süre verilerek, daha sonra ifa ve gecikme tazminatı istemek, ifadan vazgeçip yalnız müspet zararının tazminini istemek ve sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini istemek şeklinde seçimlik haklar tanımaktadır.

Menfi zarar, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşme hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkmaktadır⁷²

Bu husus, TBK m. 125'te şu şekilde yer almaktadır: *“Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun*

⁷¹ Hukuki.net, Yargıtay İçtihatları Bölümü

http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Hukuk_Genel_Kurulu_13_208.php , son erişim: 29/07/2014.

⁷² İstanbulbarosu.org, Yargıtay Kararları,

<http://www.istanbulbarosu.org.tr/proje/dergi/10/files/assets/basic-html/page272.html>, son erişim: 29/07/2014

ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”.

3.6.5. İş Sahibinin İnşa Eserinin Ayıplı Olması Nedeniyle Sözleşmeden Dönmesi

Müteahhitin ayıba karşı tekeffül borcu yukarıda anlatılmıştı. İş sahibi TBK m. 475’deki üç seçimlik hakkının yanında müteahhitin kusurlu olması ve iş sahibinin de bunu ispat etmesi halinde tazminat da isteyebilmektedir. İş sahibine tanınan tazminat isteme hakkı, seçimlik bir hak olmayıp, diğer seçimlik haklarla birlikte kullanılan kümülatif bir haktır⁷³. Doktrinde, iş sahibinin tazminat isteme hakkını tek başına da kullanabileceği kabul edilmektedir. Ancak, iş sahibinin tazminat talebinde bulunabilmesi için, her durumda ayıplı zamanında ihbar etmiş olması gerekir. Ayıp sonucu oluşan zarar, sözleşmeden dönmeye, ücret indirimine veya ayıbın düzeltilmesine rağmen giderilemeyen ve ayıbın sebep olduğu zarardır. Bu zarar fiili zarar olabileceği gibi yoksun kalınan kâr, yani kaçırılan fırsat şeklinde de olabilir. İş sahibinin tazminat hakkının şartları, iş sahibinin seçimlik haklarıyla aynı şartlara tâbidir. Bunun yanında, eser ayıplı olmalı, iş sahibi zarara uğramalı, ayıpla zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalı ve müteahhit kusurlu olmalıdır.⁷⁴

⁷³ Şekerci, 2010, a.g.e

⁷⁴ Şekerci, 2010, a.g.e

BÖLÜM IV

IPA MEVZUATINDA KAMU SATIN ALMA KURALLARI VE FIDIC TİP İDARİ ŞARTNAMESLERİ

IPA mevzuatı altında yapılmasından bağımsız olarak, akdedilen tüm inşaat sözleşmelerinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan eser sözleşmesi hükmünde olduğu ve taraflara bu kanun kapsamında yüklenen borçlar bir önceki bölümde anlatılmıştı. Bu bölümde IPA kapsamında yürütülen inşaat sözleşmelerinde Program Otoritelerinin tabi oldukları ve uygulamada her daim dikkat sergilemeleri gereken kamu satın alma kuralları ve idari şartnameler sözleşme yönetimi perspektifinde açıklanacaktır.

4.1. Program Otoritelerinin Bağlı Oldukları Kamu Satın Alma Kuralları

Ulaştırma Operasyonel Programı için Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avrupa Komisyonu arasında 18 Kasım 2009'da imzalanan Finansman Anlaşması ve bu anlaşmanın 14 Aralık 2010 tarihli revize versiyonununun 46. maddesinde Program Otoritesi olan UDH Bakanlığının uyması gereken sözleşme usulleri belirtilmektedir. Buna göre bu maddenin 1. fıkrasında yer aldığı şekliyle *“Bu maddenin 2. ve 3. fıkralarında belirtilenler hariç olmak üzere veya Komisyon aksini kabul etmemişse, mal alımı, yapım işleri ve hizmet alımı sözleşmeleri ve hibelerin verilmesi usulüne ilişkin kılavuz ilkeler ve standart belgeler ‘Avrupa Topluluğu Dış Yardım Sözleşme Usulleri Uygulama Kılavuzu’ ve eklerinde belirtilenlerdir”*. Anlaşmada kılavuzun 7 Nisan 2014 tarihinde yapılan değişiklik öncesi ismi olan orijinal metniyle *“Practical Guide to Contract Procedures for EU External Actions”* kastedilmektedir. Bahsi geçen tarihte yapılan revizyon sonucunda bu belgenin ismi *“AB Dış Yardımları İhale*

ve Hibe El Kitabı” (*Procurement and Grants for EU External Actions, A Practical Guide*) olarak değiştirilmiş; ancak kısaltması olarak kullanılan PRAG aynı kalmıştır. Ulaştırma Operasyonel Programı için yapılan Finansman Anlaşmasında mevcut olan bu hüküm IPA kurumsal yapılanmasında 2009/18 ve 2011/15 sayılı Başbakanlık Genelgeleri ile görevlendirilen diğer Program Otoritelerinin ilgili Operasyonel Programları Finansman Anlaşmalarında da yer almaktadır.

Nitekim, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 3. maddesinin (c) fıkrasında IPA fonlarıyla finanse edilen projeler ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç istisna tutulduğu belirtilmektedir: “*Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri... ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir*”. Benzer bir şekilde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu⁷⁵’nin 1. maddesinde “*bu Kanunun amacı, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir*” ifadesine yer verilerek Kamu İhale Kanunu’ndan istisna tutulan durumların kendiliğinden bu Kanun kapsamından da istisna tutulması düzenlenmiştir.

Avrupa Birliği, genel bütçesinden ya da 10. Avrupa Kalkınma Fonu’ndan finanse ya da eş finanse ettiği tüm dış yardımlarda, bu ülkelere yardımı kullanmalarında bazı kurallara ve yönetmeliklere uymalarını şart koşmaktadır. Başka bir deyişle, parayı veren bir tüzel kişilik olarak paranın hangi şartlarda ve şekilde kullanılabileceğini de kendisi belirlemektedir. IPA fonları AB genel bütçesinden karşılandığı için IPA fonlarından karşılanan tüm işler bu kurala tabidir. Bu açıdan AB, kendisi tarafından belirlenen tüm bu şartları PRAG olarak anılan kılavuzda toplamıştır. PRAG’ın AB mali yardımından faydalanan tüm ülke ve kurumlarca çok sıkı bir şekilde uygulanması, mali yardımın devam etmesi açısından şart koşulmuştur. PRAG’ın standart dışı olarak hiçbir ön izin alınmadan kullanılmaması durumunda IPA Uygulama Tüzüğü m. 43/2 gereğince, verilen tüm fonların tazmin

⁷⁵ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Resmi Gazete, Sayı: 24648, 22 Ocak 2002

edilme/geri alınması mümkün olmaktadır. Dolayısıyla, Program Otoritelerinin PRAG'ı çok iyi bilmeleri, uygunsuz olarak nitelendirilebilecek her türlü faaliyetten kaçınmaları, IPA fonlarını kullanırken en çok dikkat etmeleri gereken konuların başında gelmektedir. PRAG kamu satın alma kurallarını ve süreçlerini genel olarak üç başlık altında açıklamaktadır.

- Hizmet, Tedarik, Yapım ve Hibe ihalelerinin tümünde geçerli temel kurallar;
- Her bir tür için ayrı ele alınan özel kurallar;
- PRAG metnine ek teşkil eden standart formlar.

Tez konusunun niteliği gereği, PRAG'da ayrıntılı olarak ele alınan ihale kurallarına değinilmeyecek; ancak sözleşme yönetiminde Program Otoritesi Kurumların dikkat etmesi icap eden genel kural ve uygulamalar açıklanacaktır.

4.1.1.Ön Kontrollü Dolaylı Yönetim Sistemi

AB dış yardımlarında satın alma prosedürlerinin uygulanmasındaki yönetim modlarında birden çok yaklaşım mevcuttur:

- Doğrudan Merkezi Yönetim Sistemi: Avrupa Komisyonu Sözleşme Makamı olarak yardımı sağladığı ülkenin yerine ya doğrudan kendisinin ya da Delegasyonları vasıtasıyla görevlerini yürüttüğü tiptir.
- Dolaylı Yönetim Sistemi:
 - *Ex-ante* (Ön Kontrollü): İhaleyle ilgili tüm kararları yardımdan faydalanan ülke alır. O ülkenin kurumları Sözleşme Makamı olmakta, ancak her kilit işlemten sonra işlemler Avrupa Komisyonu'na ön kontrole sunulmaktadır. Komisyon'un ön kontrolü içeriğe yönelik değildir, yalnızca önceden hazırlanan kontrol listeleri yoluyla prosedürel anlamda bir hata olup olmadığını kontrol etmektedir. Yani esas yönünden değil, usul yönünden kontrol gerçekleşmektedir. Tüm sorumluluk Sözleşme Makamı olan Kurum'a ve ülkeye aittir.

- *Ex-Post* (Sonradan Kontrollü): Faydalanıcı ülke kurumlarınca yapılan her kilit işlemden Komisyon'un ön kontrolü ve onayı aranmaz. Faydalanıcı ülke kurumları kendi kendilerine ihaleyi yapar, sözleşmeyi yürütür ve ödemeleri gerçekleştirirler; ancak bu işlemler sonrasında yapmış oldukları denetimlerde Komisyon ya da Delegasyon geçmişe yönelik olarak bu işlemlerin prosedürlere uygunluğunu kontrol etmektedir.
- Paylaşılan Sistem: Yalnızca sınır ötesi işbirliği durumlarında kullanılabilen bir sistemdir. Avrupa Komisyonu belirli yetkilerini üye ülkeye devretmektedir.

Türkiye'de IPA Çerçeve Anlaşması'nın 5. maddesi gereği ön kontrollü dolaylı yönetim sistemi uygulanmaktadır. Bu husus, örneğin Ulaştırma Operasyonel Programına yönelik yapılan Finansman Anlaşmasının 14. maddesinde de yinelenmiştir. Dolayısıyla PRAG'da yer alan bu hüküm gereği, Program Otoritesi Kurumlarca satın alma veya sözleşmelerin uygulanması aşamasında yapılacak önemli iş kalemleri⁷⁶ Komisyon'un ön onayına tabidir. İnşaat sözleşmelerinin yönetimi safhasında önem arz eden ön kontroller; proje veya iş değişikliklerinden kaynaklanan ve sözleşme bedelinde veya süresinde değişikliğe sebep olabilecek zeyilnameler, bu değişikliklere yönelik olarak yapılacak müzakerelerin başlatılması, müzakere komisyonunun üyeleri ve müzakere raporu ile uyruk ve menşei kurallarında yapılacak istisnalardır. Bu işlemlerin Program Otoritesi Kurumlarca yapılmasının ardından geçerlik kazanması için Komisyonun onayı gerekmektedir.

4.1.2. Uyruk ve Menşei Kuralları

AB, üçüncü ülkelere yaptığı dış yardımlarında ihalelere katılıp teklif verebilecek ve inşa eserini meydana getirecek ana müteahhitlere ve bu ana müteahhite bağlı alt müteahhit olarak çalışacak gerçek ya da tüzel kişilere sınırlama

⁷⁶ Avrupa Komisyonu tarafından yapılan ön kontrole tabi işlem listesi Ek-1'de yer almaktadır

getirmiştir. Buna PRAG'da Uyrak Kuralı (*rule of nationality*) denmektedir ve IPA Çerçeve Tüzüğü'nün 19. maddesiyle birlikte IPA mevzuatında önemli bir yer teşkil etmektedir. Uyrugu uygun olan gerçek ya da tüzel kişilerden en önemlileri;⁷⁷

- AB Üyesi Ülkeler;
- AB EPB (Ekonomik Parasal Birlik) üyesi ülkeler, Eurozone;
- Resmi olarak aday ya da potansiyel aday olarak belirlenmiş ülkeler;
- Yardımdan doğrudan faydalanan ülkelerdir.

Uyrak Kuralı PRAG'ın getirdiği en önemli uygunluk kriterlerindedir ve çok keskin bir çerçevede uygulanmalıdır. Uyrak Kuralına uymayan gerçek ya da tüzel kişiler yardım kapsamındaki projelerde görev alamazlar. Diğer bir yandan, Uyrak Kuralı, yalnızca projelerde görev alan gerçek ya da tüzel kişileri içermekte olup; o firmalarda çalışan personeli içermemektedir. Uyrak Kuralı, sadece ana müteahhitlere değil, alt-müteahhitlere de uygulanmaktadır. Bu sebeple, IPA kapsamında yapılan sözleşmelerde müteahhitin çalıştıracağı alt müteahhitlerin Sözleşme Makamı tarafından uyrak açısından kontrollerinin yapılması ve resmi olarak onaylanması gerekmektedir.

Menşei Kuralı, Uyrak Kuralıyla aynı kökten gelen bir kuraldır. Uyrak Kuralının IPA kapsamında yürütülen projelerde görev alabilecek gerçek ve tüzel kişilerinin uyraklarını belirleyen bir kural olduğu gibi, Menşei Kuralı da o sözleşmelerde kullanılacak *kalıcı* malzemelerin hangi menşeilere olabileceğini belirlemektedir. Bu kurala göre, bir işte kalıcı olarak değerlendirilecek her türlü malzeme, materyal, ekipman Uyrak Kuralı altında listelenen ülkelerde üretilmiş olmalıdır. Kalıcı işler, işin sonunda faydalanıcı ülkeye devredilecek her türlü şeyi ifade etmektedir. Bununla birlikte, sözleşme konusu işi yapmak için gerekli araç gereç ya da sarf malzemeleri Menşei Kuralından istisna tutulmuştur. Bu kapsamda inşaat sözleşmelerinde müteahhitin eser meydana getirirken kullanacağı kamyon, ekskavatör, iskele malzemesi gibi eser tamamlandığında eserin bir parçası olmayacak

⁷⁷ Uyrak Kuralınca uygun kabul edilen milletler PRAG eki olan A2a ve A2b belgelerinde listelenmiştir.

araç gereç ve ekipmanın Menşei Kuralına uyması beklenmemektedir. Kural olarak bir ürünün menşei, o ürünün en son satışa sunulabilecek bir ürün haline geldiği yer kabul edilir. Sözleşme Makamları, kullanılacak her kalıcı malzeme için Menşei Şahadetnamesi adı verilen bir belgeyi müteahhitlerden istemelidir. Müteahhitler ise, Sözleşme Makamlarının talebi üzerine gerekli olan Menşei Şahadetnamelerini o ülkenin menşei olan yerdeki Ticaret Odalarından alıp, Sözleşme Makamına teslim etmek durumundadırlar. Uygulamada, bir inşaat eserinde kullanılacak her kalıcı malzemenin Sözleşme Makamlarınca kontrol edilmesi mümkün olmadığından, bu kontrol yükümlülüğünü İdare nam-ı hesabına müşavir mühendis (yapı denetim sorumlusu) yerine getirmektedir.

Uyruk ve Menşei Kurallarına yönelik istisna taleplerinin yazılı, nitelik olarak uygun mahiyette ve gerekçeleriyle sabitlenmiş olarak Komisyon'a bildirilmesi gerekmektedir. Yukarıda ele alındığı üzere bu kurallara dair verilebilecek istisnalar Komisyonun ön kontrolüne tabidir.

4.1.3. İhraç Sebepleri ve İhaleye Katılamayacak Olanlar

PRAG, doğrudan, veya dolaylı olarak veya alt müteahhit olarak; kendileri veya başkaları adına ihaleye katılması durumunda ihraç edilecek kişileri genel olarak şu özelliklere sahip olmaları kriterini değerlendirerek belirlemektedir:

- Teklif veren firmaların iflas etmesi, işleri durdurması vs,
- İşlerinde profesyonel olarak uygunsuz davranışlar içinde bulunduğu temyiz yolu kapalı bir mahkeme kararınca onanması,
- Sosyal Sigorta Primlerini veya vergilerini ödemediğinin belirlenmesi,
- Kara listede yer alması, ve
- Yönetiminde güç sahibi gerçek kişilerin rüşvet, dolandırıcılık, yolsuzluk gibi konulara karıştığı temyiz yolu kapalı bir mahkeme kararınca onanması'dır.

PRAG m. 2.3.3'te çok daha kapsamlı olarak ele alınan bu konuya dair tezde dikkat çekilmesi gereken husus, Program Otoritelerinin ihraç kriterlerini değerlendirirken sadece kontrollerini sadece PRAG'la sınırlamaları gerekliliğidir. Zira yukarıda da değinildiği üzere IPA kapsamında yürütülen inşaat sözleşmeleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundan, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç olmak üzere istisna tutulmuşlardır. Bu sebepten ötürü, ihaleye katılamayacak olanların değerlendirmesinde KİK m. 11'de yer alan kriterler de göz önünde bulundurulmalıdır. İhalenin sonuçlanmasından sonraki sözleşme yönetimi safhasında bu kural özellikle alt müteahhit onaylarında önem arz etmektedir, çünkü ihraç kuralları alt müteahhitleri de kapsamaktadır. Alt müteahhitlerin uygunlukları yönünden PRAG ve KİK mevzuatı çerçevesinde değerlendirilmesinde Program Otoritelerin faydalanabileceği konsolide bir belge bulunmamaktadır. Tez sahibi, bu açığa yönelik olarak alt müteahhitlerden istenecek konsolide belgeyi oluşturmuştur⁷⁸.

4.1.4. İdari ve Mali Cezalar

PRAG m. 2.3.4'te bir adayın, isteklinin ya da istekli olabileceğın yanlış bir bildirimde bulunduğu, ihaleye fesat karıştırma, rüşvet, dolandırıcılık vs. gibi usulsüzlüklere karıştığı belirlendiği ve kanıtlandığı takdirde AB'nin tüm ihalelerinden 5 yıl süre ile uzaklaştırılacağına hükmedilmiştir. İlave olarak, bu usulsüzlüklerin ihale sırasında gerçekleştiği durumlarda bu kişilere orantılılık ilkesi uygulanmak suretiyle yaklaşık maliyetin %2-%10'u arasında da para cezasına çarptırılması düzenlenmiştir. Buna rağmen, usulsüzlüklerin cezanın verildiği tarihten itibaren 5 yıl süre içinde tekrarlanması durumunda, cezalı süre 10 yıla, para cezası ise %4-%20'ye çıkartılmaktadır.

İhalede bir usulsüzlüğün yapıldığı ihale aşamasında belirlendiği takdirde, Sözleşme Makamı derhal ihale prosedürünü durdurmalı ve gerekli önlemleri almalıdır. Bu önlemler, usulsüzlüğün derecesine göre ihaleyi iptal etmeye kadar

⁷⁸ Konsolide belge Ek-2'de yer almaktadır.

varabilmektedir. Diğer bir yandan, ihale dönemine ait bir usulsüzlüğün yapıldığı sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkması durumunda, Sözleşme Makamı inşaatın ilerleme durumunu da göz önünde bulundurarak gerekli düzeltici işlemi yapmakla mükelleftir. Bununla birlikte ceza koşulları KİK'ten istisna tutulmadığından ötürü bu şekilde karşılaşılan bir usulsüzlük durumunda KİK m. 59 ve 60 hükümleri de ayrıca uygulanmalıdır.

4.1.5. Görünürlük İlkesi

Avrupa Komisyonu ve üye ülkeler, AB finansmanının olduğu tüm işlerde, bu işlerin kendilerinin eş finansmanı ile yapıldığının duyurulmasını ve bunu sağlamak için tüm görünürlük faaliyetlerinin yerine getirilmesini istemektedir. Bu husus PRAG m. 2.3.5'te bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Görünürlük faaliyetleri bir takım tedbirlerin sağlanmasıyla başarıyla gerçekleştirilebilir. Avrupa Komisyonu, "AB Dış Yardımlarında Görünürlük ve İletişim Kılavuzu"⁷⁹ adlı bir kılavuz hazırlamış ve tüm dış faaliyetlerde bu kılavuzun uygulanmasını şart koşmuştur.

İlave olarak, gerekli görüldüğü takdirde yüklenicilerden Sözleşme Makamı'nın onayına sunulacak bir "iletişim planı" oluşturmasını zorunlu kılmış, yapılan işlerde AB katkısının toplumun her katmanında algılanmasının yolunu aramıştır. IPA kapsamında yürütülen inşaat projelerinde AB-Türkiye mali işbirliğinin görünürlüğü birkaç yolla sağlanabilmektedir. Bunlar; inşaat sözleşmesinin imzalanmasını müteakip AB ve Türkiye'nin üst düzey devlet yetkililerinin katılımlarıyla düzenlenebilecek bir temel atma töreni, şantiye sahalarına asılacak proje levhaları, düzenlenen raporlarda kullanılacak işbirliği logoları, proje tamamlandığında tertiplenebilecek bir açılış töreni olabilmektedir.

⁷⁹ Bu kılavuzun orijinal ismi "Communication and Visibility Manual for EU External Actions"tır, ve http://ec.europa.eu/europeaid/work/visibility/index_en.htm adresinden indirilebilir.

4.1.6. Çıkar İlişkisi

Çıkar ilişkisi durumu, Sözleşme Makamınca yürütülen iş ve işlemlerde tarafsız davranmasını engelleyebilecek her türlü durumdur. Bu durumlar, Sözleşme Makamınca İhale Komisyonuna görevlendirilen bir personelin teklif veren firmalardan biri ya da birçoğuyla ailevi, duygusal, maddi, manevi, vs çıkarların bulunması durumlarında ihale değerlendirmesinde tarafsız davranmasının imkânsız ya da zor olacağı durumlar olabildiği gibi, ihale dosyasının hazırlanmasında görev almış bir uzmanın, ihale aşamasında kendi hazırladığı ihaleye teklif vermesi ya da bu gizli bilgiyi üçüncü firmalarla paylaştığı durumlarda da olabilir. Bu sebeple, teklif veren istekli firmalarla herhangi bir ilişkisi bulunan Sözleşme Makamı personelinin ihale değerlendirme komisyonundan; ihale dosyasının hazırlanmasında görev almış her uzmanın ise ihaleye teklif vermesinden ya da teklif veren firmalarda görev almasından kaçınılmalıdır. İnşaat sözleşmelerinde sözleşme yönetimi safhasında Program Otoritelerinin Sözleşme Yöneticisi personeli ya da ekibi ile müteahhit arasındaki iş ahlakına aykırı olabilecek her türlü yakınlık dikkatle gözlenmeli ve gerekli görüldüğü takdirde görev değişikliğine gidilmelidir.

4.1.7. Geçmişe Uygulanmama, Standart Dokümanların Kullanılması ve Kayıt Tutulması İlkeleri

TBK hükümleri gereği eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde iki taraf olduğuna yukarıda değinilmişti. Buna göre, akedilen sözleşme ile iş sahibine ve müteahhite birtakım borçlar yüklenilmekte ve sorumluluklar getirmektedir. IPA mevzuatında da olsa, tarafların bu sözleşme çerçevesinde TBK hükümlerinden kaynaklanan bu borçlar değiştirilemez. Diğer bir yandan, ön kontrollü dolaylı yönetim sistemlerinde sözleşmeler ya da bu sözleşmeler kapsamında yapılan zeyilnamelerin sadece iş sahibi olarak Sözleşme Makamı ve müteahhit (konsorsiyum veya ortak girişim olması halinde pilot ortak) tarafından imzalanmadığı görülmektedir. PRAG m. 2.9.2 hükümleri gereği ön kontrollü sistemlerde Avrupa Komisyonu da sözleşme ve zeyilnameleri imzalamaktadır. Bununla birlikte Avrupa

Komisyununun bu imzalama külfeti, Avrupa Komisyonu ile diğer taraflar arasında herhangi bir borç-alacak ilişkisi doğurmamaktadır. Avrupa Komisyonunun bu imzasından sözleşmenin kurulması ya da zeyilnamelerin yapılması sürecinde PRAG satın alma kuralları hükümlerinin uygulandığının *usulen* kontrol edildiği anlamı anlaşılmalıdır. Dolayısıyla Avrupa Komisyonunun bu girişiminin aslında bir onay mekanizmasından ibaret olduğu düşünülebilir. Bu durumda sözleşme ve zeyilnamelerde üç imza ve dolayısıyla üç tarih bulunacaktır. PRAG m. 2.3.6'da sözleşme veya zeyilnamelerin en son imzalandığı tarihte yürürlüğe girmiş kabul edileceği ve bu tarihten itibaren ileriye yönelik etki doğuracağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, istisnai olarak gerekçelendiği durumlarda geçmişe yönelik olarak da etkili olabilmeleri sağlanabilmektedir.

AB, IPA finansmanının olduğu tüm işlerde denetim izine büyük önem vermektedir. Denetim izi de PRAG mevzuatı çerçevesinde oluşturulmuş standart formlar ve belgeler yoluyla sağlanabilmektedir. Bu sebeple PRAG m. 2.3.6 gereği standart formların ve şablonların kullanılması kat-i bir surette zorunluluktur. Benzer bir şekilde Sözleşme Makamınca yürütülen tüm ihale prosedürlerinde tekliflerin ve/veya davete icabetlerin “gizli” olarak arşivlenmesi ve kayıt altına alınması gerekmektedir. Hiçbir belge, Avrupa Komisyonu'nun onayı olmadan üçüncü taraflara duyurulamaz. Davete icabet etmek isteyip de listede kalamayan firmaların teklifleri 3 yıl süre ile, fiyat teklifi verenlerin teklifleri 5 yıl süre ile, ihaleyi kazanan müteahhitin ise sözleşmesel ve mali dökümanları kesin hesabın yapıldığı tarihten itibaren 7 yıl süre ile saklanmalıdır. Teklif veren firmaların bankalardan aldıkları geçici teminat mektupları ile kazanan isteklinin kesin teminat mektubu güvenli kasalarda saklanmalıdır.

4.1.8. Sözleşmelerde Değişiklik Yapılması

Bir inşaat sözleşmesinin uygulanması aşamasında öngörülemeyen durumlar nedeniyle inşaatın ilk başta anlaşılan şartlarda tamamlanmasının mümkün olmaması durumunda sözleşmede değişiklik yapma gerekliliği ortaya çıkabilmektedir. Bu

şartlar, inşaat kalitesini, süresini veya bedelini etkileyebilecek durum ve haller olabilir. IPA finansmanı gibi kamu yatırımlarının olduğu işlerde sözleşme, bir ihale sonucunda, ihaleyi kazanan firmayla kurulmaktadır. Bu bakımlardan sözleşme şartlarında değişiklik yapmanın hem ihale dönemine etkisi, hem de sözleşmenin uygulanmasına etkisi olacağından değişiklik yapma yolları ve koşulları PRAG kamu satın alma mevzuatında belirlendiği gibi, FIDIC idari şartnamelerde de belirlenmiştir. PRAG m. 2.10'da değişiklik yapma koşullarının genel prensipleri, inşaat sözleşmelerinde değişiklik yapmanın özel koşulları ise PRAG m. 5.7'de verilmiştir. Türkiye'deki inşaat işlerinin projelendirilmesi ve teknik şartnamelerinin hazırlığı aşamalarında gerekli titizlik ne yazık ki sergilenemediği için uygulamada Program Otoritesi Kurumların en çok karşılaştıkları problemler iş değişikliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan, tezin bu bölümünde sözleşmelerde değişiklik yapılmasının ihaleye yönelik koşul ve çerçevesi açıklanmaya çalışılacak ve FIDIC idari şartnamede düzenlenen iş değişiklikleri ile ilişkisi analiz edilecektir.

PRAG, AB dış yardımlarının etkili olduğu işler için hazırlanan bir kamu satın alma mevzuatıdır. Bu bakımdan, ihalelerin tarafsız, şeffaf ve hesap verilebilir ilkeleriyle tam rekabet ortamında gerçekleşmesini hedeflemektedir. İhale döneminde kurulan rekabet ortamına zarar verebilecek her türlü iş ve işlemi kesin olarak yasaklanmaktadır. PRAG hükümlerine göre iş değişiklikleri iki şekilde yapılabilmektedir: idari emirler (*Administrative Order*) ve zeyilnameler (*Addendum*). PRAG'da sözleşmelerin *uygulama süresi*, iş başlangıç emrinden itibaren geçici kabule kadar olan süre için kullanılırken, kusur ihbar süresi dahil kesin kabule kadar olan süreye *genel icra süresi* tanımlaması yapılmaktadır. PRAG m. 2.10.1'e göre iş değişikliklerinin yapılmasında dikkat edilmesi gereken ilk husus, değişikliklerinin ancak inşaat sözleşmelerinin genel icra süresi içinde yapılabileceğidir. Yukarıda da değinildiği gibi değişiklikler, idari emrin ya da zeyilnamenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ileriye yönelik olarak uygulanabilmekte; ancak istisnai durumlarda gerekçelendirilmesi şartıyla geçmişe yönelik olarak da düzenleme getirebilmektedirler.

İş değişiklikleri, PRAG mevzuatında mantıksal anlamda minör ve majör değişiklikler olarak sınıflandırılmaya tabi tutulmuştur. Majör değişiklikler sözleşmenin süresini (uygulama süresi ve/veya genel icra süresi) etkileyebilecek ya da iş bedelini ilk imzalanan sözleşme bedelinin %15'inden fazla artıracak ya da azaltılabilecek değişikliklerken, minör değişiklikler bu sonuçları doğurmayacak diğer her türlü değişiklik olarak ifade edilebilmektedir. Majör değişikliklerin zeyilname yoluyla, minör değişikliklerin ise müşavir mühendis tarafından verilecek tek taraflı irade beyanıyla olabileceği düzenlenmiştir. Diğer bir yandan, PRAG bu hususa da istisna getirmektedir. PRAG m. 5.7'de teklif birim fiyatlı işlerde sözleşme bedeli yaklaşık miktarlar üzerinden belirlendiği; ancak gerçekte ödenecek tutarın işin sonunda yapılacak ölçümler ile birim fiyatların çarpılması suretiyle kesinlik kazanacağı ve bu hususun sözleşmenin kurulması aşamasında tüm taraflarca bilindiği için bu işlerde kapsamın değiştirilmemesi şartıyla sadece miktar farklılıklarından doğabilecek ilave veya eksilmelerin değişiklik konusu olmayacağı belirtilmektedir. Benzer bir şekilde, fiyat farkı hesabının uygulandığı projelerde, fiyat eskalasyonundan kaynaklanan artış ya da azalışların başlangıçta imzalanan sözleşme bedelini değiştirmesine rağmen bir değişiklik konusu olmayacağına hükmedilmiştir.

İnşaat sözleşmeleri kurulurken, sözleşme kapsamında olan tüm işlerin bedeli belirlenmekte ve teklif birim fiyatlı işlerde birim fiyat cetvellerinde, toptan ya da global götürü bedel işlerde ise hesap cetvellerinde detaylandırılmaktadır. Müteahhit tarafından inşa eserinin meydana getirilmesine karşılık iş sahibinin ödeyeceği bedel, yani eserin bedeli bu cetvellerin dip rakamlarıdır. Diğer bir ifade ile, başlangıçta anlaşılan eser bedeli, cetvellerde detaylandırıldığı üzere bu işlere karşılık olarak ihale sonunda en düşük teklifi vererek kazanan isteklinin belirlediği bedeldir. Sözleşmenin bu tutar üzerinden kurulmasının gerekmesine rağmen uygulamada bunun yapılmadığı görülmektedir. Nitekim, iş bedeli hesaplanmakta, be bedelin %15'i "yedek akçe" olarak ilave edilmekte ve kümülatif tutar üzerinden sözleşme imzalanmaktadır. İmzalanan sözleşme bedelini değiştirebilecek her iş değişikliğinin zeyilname yoluyla yapılması uygulaması getirilmiştir. AB Delegasyonu tarafından düzenlenen bu uygulamayla yukarıda ele alındığı üzere eser bedelindeki %15'e kadar olan artışlarda müşavir mühendisin idari emir yoluyla değişiklik yapabilmesinin kolaylaştırılması, zeyilname gibi hazırlığı ve onayı aşamasının büyük oranda

bürokrasi gerektiren ve zamana mal olan süreçten mümkün merteye uzaklaşılması ve ilave bütçe temin edilmesi gibi İdareyi külfete sokabilecek uygulamaların engellenmesi amaçlandığı düşünülmektedir. Ancak, tez sahibine göre bu uygulama mevzuatta bir açığa sebep olmaktadır. PRAG mevzuatında iş değişikliği sonucunda iş bedelinde meydana gelen değişikliğin imzalanan sözleşme tutarının %15'i sınırları içinde kalması durumunda uygulanabilecek idari emir yoluyla değişiklik, imzalanan sözleşme tutarının %15'inin her zaman yedek akçe bütçesinden fazla olmasından ötürü yedek akçenin de üzerinde bir değişikliğe sebep olmaktadır. Bu da uygulamada imzalanan sözleşme bedelinin artması durumunda bile değişikliğin zeyilname yoluyla yapılmasının zorunlu olmadığı anlamına gelmektedir.

Sözleşmenin süresinde ya da iş bedelinde yapılabilecek değişikliklerin teminat mektuplarını da etkileyebileceği, bu değişikliklerin yapılması takdirinde teminat mektuplarında da paralel değişikliklerin yapılması gerekliliğinin altı çizilmektedir. Her durumda ilave işlere veya süre uzatımına sebebiyet verebilecek iş değişikliklerinin yapılmadan önce Program Otoritesi Kurumlarca işin finansmanına devam edebilecek gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

İş değişikliklerinin başlangıçtaki sözleşmenin genel hükümleriyle ortaya koyduğu yapı içinde kalması, başlangıçtaki sözleşmenin başarıyla tamamlanabilmesi için elzem olması ve ihale dönemindeki rekabet koşullarını hiçbir şekilde değiştirmemesi şartları konulmuştur. Bu kapsamda, sözleşmenin kapsamını ya da teknik koşullarını büyük oranda değiştirecek düzenlemeler yapılamamaktadır. İş değişiklikleri, inşa eserini fen ve sanat kurallarına göre yapmak mecburiyetinde olan müteahhit tarafından bu hususlar gereği ya da teknik şartnamelerde belirtilen metot ve uygulamalardan ziyade iş sahibi açısından da olumlu karşılanabilecek başka çağdaş yol ve metotların kullanılabilir olmasından ötürü sadakat borcu kapsamında teklif edilebilecekken, iş sahibinin orijinal sözleşme kapsamında kalacak şekilde proje değişikliği talebi üzerine de olabilmektedir. Bir iş değişikliği, ilave iş, iş eksilişi, bir iş kaleminin miktarında, kalitesinde, tipinde ve pozisyonunda meydana gelebilecek değişiklikleri konu ediniyor olabilmektedir. Bununla birlikte, iş değişiklikleri uygulamada en çok başlangıçta *öngörülemeyen durumların* ortaya

çıkması üzerine zorunluluk hali ile aynı müteahhite yaptırılması yoluyla olmaktadır. PRAG bu durumlar için m. 5.2.5.1(b)'de özel bir düzenlemeye gitmiş ve ilave koşullar öngörmüştür. Buna göre, başlangıçtaki sözleşme kapsamında bulunmayan ilave işlerin, öngörülemeyen durumlar nedeniyle başlangıçta kurulan sözleşmenin uygulanması için gereklilik arz ettiği durumlarda ve bu işlerin;

- Sözleşme Makamını külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,
- Asıl işten ayrılabilmesine karşın asıl işin tamamlanabilmesi için kesin surette gerekmesi

durumlarında başlangıçtaki sözleşmenin %50'sine kadar olan oran dahilinde aynı müteahhite yaptırılabilir. Ancak bunun için müzakere usulü uygulanması bir ön koşul olarak belirlenmiştir. Müzakere usulü ise PRAG m. 2.4.8'de detaylıca açıklandığı üzere müzakerelere başlanması için dahi Avrupa Komisyonunun ön onayını gerektiren, Sözleşme Makamınca oluşturulacak bir değerlendirme komisyonunun müteahhitle müzakerelerde bulunacağı ve süreç sonunda müzakere raporu düzenleyeceği, bu müzakere raporunun da yine Avrupa Komisyonunun onayına tabi olduğu meşakkatli bir süreci gerektirmektedir. İlave olarak müzakereler sonucunda ilave işin aynı müteahhite yaptırılması kararlaştırılırsa, iş değişikliğinden doğan sözleşme bedelindeki artış için zeyilname yapılması ve bu zeyilnamenin de yine Avrupa Komisyonu tarafından onaylanması öngörülmüştür.

Tez sahibine göre PRAG'da düzenlenen bu koşul ve şartlar, Avrupa Komisyonu tarafından doğru formülize edilmemiştir. Öncelikle, tezin "FIDIC Tip İdari Şartnameleri" kısmında detaylandırıldığı üzere IPA mevzuatında yürütülen inşaat işlerinde PRAG idari şartnameleri değil, FIDIC idari şartnameleri kullanılmakta ve işleri iş sahibi adına yönetecek bağımsız bir müşavir mühendis bulunmaktadır. Sözleşme kapsamında bulunmayan; ancak öngörülemeyen sebeplerden ötürü sözleşmenin tamamlanması için gerekli ilave işlerin neler olabileceğinin tasnif ve tasdik edilmesi, bu ilave iş bedellerinin belirlenmesi, sözleşmenin kurulmasından sonra müteahhit tarafından temin edilen tekliflerin değerlendirilmesi ve analiz görevi Sözleşme Makamı olan İdare'nin değil;

konusunda İdare'den çok daha tecrübeli, teknik bilgi birikimini haiz, iş sahibinin çıkar ve menfaatlerini korurken anlaşmazlık durumlarında tarafsız karar vermesi beklenen müşavir mühendise verilmiştir. Bir ilave işin teknik olarak yapılmasının, başlangıçtaki sözleşmenin başarıyla tamamlanması için gerekli olduğunu belirleyebilecek taraf müşavir mühendistir ve FIDIC standart sözleşmelerinde iş değişiklikleri müşavir mühendisin resen karar vermesine yetkili olduğu alanlardır. FIDIC 13.3 [Değiştirme İşlemleri] alt maddesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “*Mühendis, bir değişikliğin onaylanmasıyla ya da bir değişiklik talimatı verilmesiyle birlikte, Alt-Madde 3.5 [Mühendisin Kararları] uyarınca hareket ederek Sözleşme Bedeli ve Ödeme Programı konusunda yapılacak ayarlamaları saptayacak veya bir anlaşma sağlayacaktır. Bu ayarlamalar makul bir kar içerecek ve uygun olması halinde, Müteahhitin alt-madde 13.2 [Değer Mühendisliği] kapsamında sunduklarını dikkate alacaktır*”. Anlaşıldığı üzere, bir değişiklik talimatı verme yetkisi FIDIC şartlarında müşavir mühendise verilmekle kalınmamış, bu değişikliğin bedelinin de müşavir mühendisin tarafsız değerlendirmesi yoluyla yapılması düzenlenmiştir. IPA mevzuatında kullanılan özel şartlarda da müşavir mühendisin bu yetkileri kısıtlanmamaktadır. Bu görüş ve değerlendirmeler çerçevesinde tez sahibi, aynı müteahhite yaptırılacak ilave işlerde müzakere komisyonunun toplanması, bu komisyonca bir rapor yazılması ve onaylanmasının gereksiz ve inşaatı baltalayıcı bir yol olduğunu düşünmektedir. Bununla birlikte ilave işlerin izin verilen tutardan fazla olmaması kontrolünün müşavir mühendisçe yapılması, İdarenin de müşavir mühendisi denetlemesi yolu daha doğru ve efektif olacaktır. İlave iş sonucunda bir zeyilname yapılmasının öngörüldüğü durumlarda ise zeyilnamenin gerekçe ve ekleriyle birlikte müşavir mühendis tarafından hazırlanması ve Sözleşme Makamı ile Avrupa Komisyonu tarafından PRAG satın alma kurallarının iş değişikliklerine yönelik 2.10 maddesi uyarınca genel kontrolünün usulen yapılması ve bu çerçevede onaylanması, zeyilnamede müteahhitin imzasının ise tebellüğ niteliğinde olması sağlanmalıdır.

PRAG'da ilave işlerin aynı müteahhite yaptırılması için belirlenen usul şartlarının, KİK'in uygulama yönetmeliğinin eki olan “Yapım İşleri Genel Şartnamesi”nde (YİGŞ) de benzer bir şekilde var olduğu görülmektedir. Buna göre

YİĞŞ m. 21'de; “(1) Yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan işin;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen yapım işleri sözleşmelerinde ise % 20'sine kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

(2) Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, bu oranı sözleşme bazında % 40'a kadar artırmaya yetkilidir.

(3) Karma sözleşmelerde, birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yer alan koşulların gerçekleşmesi şartıyla, artışa konu iş, sözleşme bedelinin;

a) Götürü bedel teklif edilen iş kısımlarına ait tutarının % 10'una,

b) Birim fiyat teklif alınan iş kısımlarına ait tutarının % 20'sine,

kadar oran dahilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir. Bakanlar Kurulu birim fiyat teklif alınan iş kısımlarına ait oranı sözleşme bazında % 40'a kadar artırmaya yetkilidir.”

denmektedir. Dolayısıyla Program Otoritelerinin ilave işlerde usule yönelik olarak dikkat sergileyeceği hususlar IPA mevzuatından getirmiş olduğu yeni bir düzenleme değildir. Gerek PRAG, gerek Yapım İşleri Genel Şartnamesinde ilave işlerin yapılabilmesi için belirlenen “öngörülemeyen bir durum olması” şartında öngörülemeyen durumların ne olabileceği ve bu kavramın neleri kapsadığına yukarıda 3.5.2.1 maddesinde değinildiği için bir kez daha burada açıklanmayacaktır.

4.1.9. PRAG Kamu Satın Alma Hükümleri Açısından İhale Dosyası

PRAG m. 3.3.3 hükümlerine göre, yapım işleri için ihaleye çıkılmadan önce Program Otoriteleri tarafından hazırlanacak ihale dosyalarının içeriği şunlardan oluşmaktadır:

- Cilt 1
 - Kısım 1: İsteklilere Yönelik Açıklamalar
 - Kısım 2: Teklif Formu ve Teklif Eki
 - Kısım 3: Geçici Teminat Formu
 - Kısım 4: Soru Listesi ve Kullanılacak Matbu formlar
 - Kısım 5: İdari ve Teknik Değerlendirme Formları
- Cilt 2
 - Kısım 1: Sözleşme Tasarısı
 - Kısım 2: Genel İdari Şartname (Genel Şartlar, FIDIC kitapları)
 - Kısım 3: Özel İdari Şartname (Özel Şartlar)
 - Kısım 4: Örnek Kesin Teminat Formu
 - Kısım 5: Örnek Avans Teminatı Formu
 - Kısım 6: Örnek Nakit Teminat Kesintisi Teminat Formu
 - Kısım 7: Diğer Gerekli Belgeler
- Cilt 3: Teknik Şartnameler (FIDIC Kırmızı Kitap) veya İşverenin Şartları (FIDIC Sarı Kitap)
- Cilt 4: Birim Fiyat Cetveli ya da Hesap Cetveli
- Cilt 5: Tasarımlar

İhale dosyasının bu şekilde oluşturulması gerekirken, sözleşmenin imzalanması sonrasında sözleşme dokümanının bir parçası haline gelecek belgeler, bu belgelerin öncelik sırası ile;

- Sözleşme Tasarısı
- Teklif Formu ve Teklif Eki
- Özel İdari Şartname (Özel Şartlar)
- Genel İdari Şartname (Genel Şartlar)
- Teknik Şartname ya da İşverenin Şartları
- Birim Fiyat Cetveli ya da Hesap Cetveli
- Diğer dokümanlar

olarak belirlenmiştir.

4.2. FIDIC Tip İdari Şartnameleri

Ulaştırma Operasyonel Programı için Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avrupa Komisyonu arasında 18 Kasım 2009’da imzalanan Finansman Anlaşması ve bu anlaşmanın 14 Aralık 2010 tarihli revize versiyonununun 46. maddesi 2. fıkrasında “1. fıkraya bakılmaksızın, yapım işleri sözleşmelerinde kullanılacak genel sözleşme şartları, istenen yapım işinin türüne uygun şekilde Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu (FIDIC) tarafından yayımlananlardır (en son versiyon)” ifadesine yer verilerek IPA fonlarıyla finanse edilen inşaat işlerinde PRAG idari şartnamesinin değil; FIDIC tip idari şartnamelerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, aynı maddenin 3. fıkrasında da “tüm yapım işleri sözleşmeleri, bağımsız bir kontrol mühendisinin görevlendirilmesi suretiyle yürütülmelidir. Kontrol mühendislerinin seçimine ilişkin sözleşme usulleri, rekabeti gereğinden fazla sınırlayan ve ulaşılmaması istenen hedeflerle orantılı olmayan seçim kriterlerini içermez. Herhangi bir Sözleşme Şartına ilişkin deneyim, mesleki nitelik bakımından elenme şartı değildir” denilerek proje yönetiminde bağımsız bir kontrol mühendisinin görevlendirilmesi şart koşulmuştur. Finansman Anlaşması m. 46/4’te de “küçük ölçekli yapım işleri sözleşmeleri, FIDIC’in küçük (değer bakımından) yapım işleri sözleşmelerine ilişkin Kısa Sözleşme Formunun kullanılmasını gerekli kılabilir. Ancak, bu durumda, kontrol mühendisi zorunluluğundan vazgeçilmesi için Komisyon servislerinden önceden özel onay alınması zorunludur” hükmü getirilmiş; bağımsız bir kontrol mühendisinin kullanılmayacağı durumların Komisyon servislerinin özel onayına tabi olduğu mevzuat çerçevesinde düzenlenmiştir. Ulaştırma Operasyonel Programı için yapılan Finansman Anlaşmasında mevcut olan bu hüküm IPA kurumsal yapılanmasında 2009/18 ve 2011/15 sayılı Başbakanlık Genelgeleri ile görevlendirilen diğer Program Otoritelerinin ilgili Operasyonel Programları Finansman Anlaşmalarında da yer almaktadır.

Tezin bu bölümünde, FIDIC tip şartnameleri tanıtılacak ve uygulamada en çok kullanılan Kırmızı Kitap ve Sarı Kitap incelenecek ve “bağımsız kontrol mühendisi”nin FIDIC standart şartnamelerinde ne şekilde ele alındığı değerlendirilecektir.

4.2.1. Tip Sözleşme Kavramı ve FIDIC

Dünyada ve ülkemizde her yıl, her gün hatta her an inşaat çalışmaları ve bu bağlamda inşaat sözleşmeleri yapılmaktadır. Bu inşaatlar kamu yatırımları olabildiği gibi, özel sektörde faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişilerce de yapılıyor olabilir. İnşaat sözleşmeleri özel hukuk alanına girdiğinden ötürü sözleşmelerde şekil serbestisi mevcuttur. Başka bir ifadeyle, inşaat sözleşmelerinin kurulmasında sözleşmelerin ödeme, anlaşmazlıkların çözüm yolları, işe başlama ve devam etme, ihbarda bulunmanın genel kuralları, taraflara özel olarak yüklenen borçlar, tarafların üzerlerine aldığı riskler vs taraflarca belirlenmekte ve anlaşma sağlanmaktadır. Bu da her inşaat sözleşmesinin nev-i şahsına münhasır olması anlamına gelmektedir. Diğer bir yandan, bu durum inşaat işlerinde karmaşıklığa sebep olmakta ve inşaat eseri yapmak gibi teknik bir meziyet gerektiren işlerde her sözleşmenin riskleri ve bu risklerin paylaşımı yönünden taraflara yüklediği sorumlulukların farklı olması sebebiyle müteahhitlerin idari olarak birtakım başka çekincelerini ön plana çıkarmalarına sebebiyet vermektedir. İlave olarak farklı ülkelere mensup kredi kuruluşları, müteahhitler, iş sahipleri ve müşavir mühendis firmaların birden fazla hukuk sistemiyle bağlantılı hale gelen inşaat projeleri göz önüne alındığında bu durum içinden çıkılmaz bir hal almaktadır.

Bu sebepten ötürü inşaat sektöründe, proje ve sözleşme yönetim süreçlerinin standartlaştırılması bir gereklilik halini almıştır. İnşaat sözleşmeleri açısından bu gereklilik, standart şartnamelerin oluşmasına sebebiyet vermiştir. En basit tarafından düşünülürse, sözleşmelerdeki şekil serbestliği ilkesinin yarattığı kavram karmaşalarının önlenmesi, yapılan sözleşmelerin türlerine göre taraflara dağıtılan risklerin eşit/adaletli biçimde paylaşılması, tarafların eşitliği ilkesinin mümkün mertebe gözetilmesi, çıkması olası uyuşmazlıkların en aza indirilmesi, bu uyuşmazlıkların çözümü ve ortak bir sözleşme literatürünün oluşturulması gibi nedenler standart sözleşme tiplerinin oluşmasını gerekli kılmaktadır.⁸⁰ Türkiye’de

⁸⁰ Hasan Fırat Sarıoğlu, FIDIC Standart Sözleşmeleri ve Bir İnşaat Projesinde Sözleşme Uygulamasının İncelenmesi, Yıldız Teknik Üniversitesi FBE İnşaat Mühendisliği Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009

KİK kapsamında yapılan inşaat sözleşmelerinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ) adı verilen tip idari şartname kullanılmaktadır. Ancak YİGŞ'in kullanıldığı işlerde, müteahhitler şartname hükümlerinin hep idare lehine olması gerekçesini göstererek bu tip şartnameden rahatsızlıklarını ifade etmektedirler⁸¹. Dünyada ise en çok kullanılan tip şartnamelerin başında FIDIC standart şartnameleri gelmektedir.

Fransızca “Federation Internationale des Ingenieurs Conceils”in baş harflerinden oluşan FIDIC, “Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu” olarak tercüme edilmektedir. Müşavir ve Mühendislerin yer aldığı, ulusal müşavir mühendislik birliklerinden oluşan uluslararası bir federasyon olan FIDIC, 1913 yılında İsviçre'nin Lozan kentinde, Avrupa'da bulunan üç ulusal bağımsız müşavir mühendislik birliği tarafından, federasyon oluşturan ulusal birliklerin üyelerinin ortak mesleki yararlarına hizmet etmek, mesleki çıkarlarını gözetmek ve üyelerin gelişmelerden haberdar edilmesi amacıyla kurulmuştur. Günümüzde 97 ülkenin ulusal birliği FIDIC üyesidir⁸² ve bu üyelik kapsamı içerisinde bağımsız müşavir mühendislerin büyük çoğunluğu FIDIC tarafından temsil edilmektedir. FIDIC, bugün dünya teknik müşavirlik kurallarını belirleyen, Dünya Bankası gibi milletlerarası finans kuruluşlarına yön veren en önemli milletlerarası mühendislik kuruluşudur.⁸³ Türkiye 1987 yılında TMMMB (Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği)'nin katılımıyla bu birliğe üye olmuştur. FIDIC tarafından yayınlanan tip şartnamelerin tarafları “eşit” ve “adil” olarak koruyan hükümler içermesi, riskleri adaletli olarak paylaşması ve sözleşmelerin uygulanmasında iş sahibi veya müteahhitin haklarını ve yükümlülüklerini etkileyebilecek tasarrufların bağımsız bir kontrol mühendisi tarafından hakkaniyet ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde yapılmasının öngörülmesi sebebiyle dünya çapında büyük bir ilgi uyandırmış ve kabul görmüştür. Tez sahibine göre Avrupa Birliğinin IPA fonlarıyla finanse ettiği işlerde FIDIC standart şartname hükümlerinin uygulanması şartı koşmasının arkasında yatan sebep, uluslararası müteahhitlik firmalarınca hangi hüküm ve şartlarda inşaat yapacak olmalarının bilinmesini sağlamak, bu sayede yapılacak ihalelerde daha çok talep toplayarak daha

⁸¹ Yakup Aydın, FIDIC Sözleşmeleri, sayder.org.tr
<http://www.sayder.org.tr/e-dergi-fidic-sozlesmeleri-9-32.pdf>, son erişim: 30/07/2014

⁸² FIDIC resmi internet sitesi, fidic.org
<http://fidic.org/about-fidic>, son erişim: 30/07/2014

⁸³ Yakup Aydın, FIDIC Sözleşmeleri, sayder.org.tr
<http://www.sayder.org.tr/e-dergi-fidic-sozlesmeleri-9-32.pdf>, son erişim: 30/07/2014

büyük bir rekabet ortamı sağlamak ve en önemlisi müteahhitlerin yerel şartnamelerden ötürü karşılaşabilecekleri anlaşmazlıkların önüne geçebilmektir.

4.2.2. FIDIC Tarafından Yayınlanan Standart Belgeler

FIDIC'in yayınladığı tipleşmiş belgeler; sözleşmeler, anlaşmalar, prosedürler, tavsiye dokümanları, bilgi dokümanları vb. gibi belgelerdir⁸⁴. Her inşaat projesi nev-i şahsına münhasır olmakla birlikte, işlerin karmaşıklığı, projelendirme faaliyetleri yapan taraf, inşa eseri meydana getirilmesi sırasında karşılaşılması beklenen ama önceden bilinemeyecek risklerin mertebesi ve inşa sonrasında müteahhitin işletme ve bakım sorumluluğunun bulunması açılarından belirli kategorilere konulabilmektedir. FIDIC standart şartnameleri oluştururken bu şekilde bir kategorizasyona gitmiş ve her bir kategori için genel olarak kullanılabilir tip şartnameler oluşturmuştur. Bu tip şartnameler, kapak renkleri ile anılmaktadırlar. En son 1999 yılında güncellenen ve FIDIC gökkuşağı olarak bilinen bu şartnameler;

- Tasarımı işveren tarafından yapılmış yapım ve mühendislik işleri için İnşaat İşleri İdari Şartnamesi (FIDIC Kırmızı Kitap),
- Tasarımı müteahhit tarafından yapılmış mekanik ve elektrik tesisatı, yapım ve mühendislik işleri için Tesis ve Tasarla-Yap Modeli İnşaat İşleri İdari Şartnamesi (FIDIC Sarı Kitap),
- Mühendislik-Satın Alma-Yapım (MSY) Anahtar Teslimi Projeler için İdari Şartname (FIDIC Gümüş Kitap),
- Tasarla-Yap-İşlet Modelli Projeler için İdari Şartname (FIDIC Altın Kitap),
- Kısa Sözleşme Örneği (FIDIC Yeşil Kitap)

olarak yayınlanmaktadır. Projelerde bu kitaplardan hangisinin kullanılacağını belirlemek için ilk olarak işin karmaşıklığı kıstası incelenmelidir. Basit, kısa süreli, kendini tekrar eden ve nispeten az maliyetli işlerde (örneğin 500.000 Doların altındaki ve 6 aydan az sürecek dip tarama faaliyeti⁸⁵) tasarımın hangi tarafça

⁸⁴ Sarioğlu, 2009, a.g.e

⁸⁵ FIDIC resmi internet sitesi, fidic.org

yapıldığına bakılmaksızın yeşil kitabın kullanılması tavsiye edilmektedir. İşin karmaşık olması, uzun ve detaylı projeler gerektirmesi durumunda, göz önüne alınması gereken ikinci kriter, tasarımın *çoğunluğunun* hangi tarafça yapılmasının öngörüldüğüdür. İki tarafı bulunan bir inşaat sözleşmesinde tasarımın yapılması görevi iş sahibine ya da müteahhite verilebilmektedir. Tasarımın iş sahibi tarafından yapılacağı durumlarda, iş sahibi ya kendisi doğrudan tasarım yapmakta ya da kendi gözetim ve sorumluluğu altında üçüncü şahıslara yaptırmaktadır. Bu durum müteahhit için de söz konusudur. Tasarımın çoğunluğunun iş sahibi tarafından yapılması ve iş başında müteahhite verilmesi öngörülüyorsa, bu durumda FIDIC, Kırmızı Kitabın kullanılmasını tavsiye etmektedir. Tasarımın çoğunluğunun müteahhit tarafından yapılmasının beklendiği durumlarda ise, değerlendirilmesi gereken üçüncü kriter devreye girmektedir. İnşaat çalışmaları esnasında teknik ya da idari sebeplerden ötürü maliyeti ya da iş süresini artıracak ön görülemez majör risklerin bulunmayacağı öngörülmekteyse FIDIC, iş sahibinin asgari müdahalesinin olduğu anahtar teslimi götürü bedelli Gümüş Kitabın kullanılmasını tavsiye etmektedir. Diğer bir yandan, örneğin zemin ya da şev durumlarının bilinmediği ve dolayısıyla toprak işlerinden doğabilecek ilave işlerin işin maliyetine ve süresine yapabileceği etkilerin majör risk olabileceği düşünülüyorsa bu durumda Sarı veya Altın kitap kullanılmalıdır. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken son kriter inşaat sonunda müteahhitin koruma ve bakım sorumluluğunun devam edip etmeyeceğidir. Eğer devam edecekse Altın Kitap, eserin iş sahibine teslimi sonunda bakım ve koruma sorumluluğu iş sahibi tarafından yapılacaksa Sarı Kitap kullanılmalıdır.

IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde işlerin genelde karmaşık olmasından ötürü Yeşil Kitap, eser teslimi sonunda müteahhitin bakım yapması beklenmediği için Altın Kitap, bağımsız bir müşavir mühendis bulundurma zorunluluğundan ötürü ve öngörülemeyen risklerin idare tarafından alınarak teklif fiyatlarının çok yüksek çıkmamasını sağlamak için de Gümüş Kitap kullanılmamaktadır. Dolayısıyla Program Otoritelerinin en çok kullanacakları kitaplar, FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitaplar olacaktır.

4.2.2.1. İnşaat İşleri İdari Şartnamesi, FIDIC Kırmızı Kitap

İnşaat işlerinin projelendirme ve tasarım faaliyetleri çoğunlukla iş sahibi ya da onun gözetim ve sorumluluğunda üçüncü şahıslarca yapılan sözleşmelerde uygulanması önerilen kitaptır. Bu gibi işlerde, sözleşmenin kurulması aşamasından önce iş sahibi teslim almak istediği inşaata yönelik gerekli etüt (zemin etüdü, hidrolojik ve jeolojik tetkikler) ve projelendirmeleri yaparak müteahhite teslim etmektedir. İhale yoluyla yapılan işlerde bu tetkik ve çizimlerin ihale dosyasında isteklilere verilmesi esastır. İstekliler, iş sahibi tarafından verilen bu çizimlere ve mahal listelerine dayanarak tekliflerini oluşturmaktadır. Bununla birlikte çizimlerden hesaplanacak miktarlar iş sahibi tarafından verilmemektedir. Her bir istekli miktarları kendi hesaplamaktadır. Diğer bir yandan, Kırmızı Kitap çizimlerin *çoğunluğunun* tasarım sorumluluğunu kıstas kabul etmektedir. Genellikle, bir inşa eseri yapım işinde çoğunluğu oluşturan inşaat işlerinin projelendirilmesi iş sahibi tarafından yapılmakla birlikte know-how gerektiren ve teknolojik yeniliklerle alternatif yapım usullerinin bulunduğu elektromekanik işlerin projelendirilmesi müteahhite bırakılabilmektedir. Bu gibi durumlar, Kırmızı Kitabın kullanılmamasını gerektirmemektedir.

FIDIC, standart şartnamesinde Kırmızı Kitapla yapılacak işlerde teklif birim fiyatın kullanılmasını öngörmüştür. Başka bir ifadeyle, projelendirmenin iş sahibi tarafından yapıldığı, mahal listelerinin iş sahibi tarafından oluşturulduğu, imalat kalemlerinin analizlerinin (pozların) iş sahibi tarafından belirlendiği ve teknik şartnamesinin iş sahibi tarafından meydana getirildiği bu kitaplarda standartta teklif birim fiyatlı ücret esası kullanılmaktadır. Buna göre, ihale varsa istekliler, ihale yoksa sözleşmede taraflar önceden belirlenmiş imalat kalemlerinin birim fiyatları üzerinde anlaşırlar. Teklif birim fiyatlı işlerde, iş sahibinin bedel ödeme borcunun nasıl hesaplandığı yukarıda 3.5.2.1 maddesinde detaylandırıldığı için burada bir kez daha yinelenmeyecektir. Diğer bir taraftan, sözleşmede hem iş sahibi tarafından yapılan tasarımlar, hem de müteahhit tarafından yapılması beklenen projeler olması durumunda iş sahibi tarafından projelendirilen kalemlerde teklif birim fiyat; müteahhit tarafından projelendirilmesi beklenen iş kalemlerinde ise götürü bedel

hükümlerinin uygulanması düzenlenmiştir. Müteahhit, iş başlangıcından sonra eseri, iş sahibi tarafından temin edilen bu proje ve şartnamelere uygun olarak meydana getirmekten sorumludur. Bu çerçevede, projelerin hatalı olmasının sonucunda eserin kusurlu olması durumunda karşılaşılabilecek risklerden kural olarak iş sahibi sorumlu olacaktır. Ancak, bu husus müteahhitin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁸⁶ 18/2 fıkrası uyarınca "basiretli bir tacir" olarak sergilemesi gereken kontrol yükümlülüğünü ve yukarıda değinildiği üzere Türk Borçlar Kanunu kendisine yüklenen sadakat ve özen borcu hükümlerini mülga etmemektedir. Projelerde revizyon ya da eklemeler gerektiği hallerde iş sahibinin izni ve onayı alınarak bu tasarımlar müteahhite yaptırılabilir. Bu gibi durumlarda, müteahhitin dizayn sorumluluğu da doğacağı için Program Otoritelerinin müteahhitlerden mesleki sorumluluk sigortası temin edilmesine dikkat etmeleri önerilmektedir.

FIDIC Kırmızı Kitap, iş sahibi tarafından görevlendirilen bir müşavir mühendisin (gerçek ya da tüzel kişi olabilmektedir) varlığını şart koşmaktadır. Bu bakımdan ele alındığında, FIDIC Kırmızı Kitabın kullanıldığı projelerin IPA mevzuatında yukarıda değinilen Finansman Anlaşması hükümleri yerine getirilmiş olmaktadır. "Müşavir Mühendis" tanımı ve FIDIC'teki düzenlemesi aşağıda m. 4.2.4'te yapılmaktadır.

4.2.2.2. Tesis ve Tasarla-Yap Modeli İnşaat İşleri İdari Şartnamesi, FIDIC Sarı Kitap

İnşa eserlerinin projelendirilmesi açısından iş sahipleri tarafından tercih edilebilecek diğer bir yol da gerekli olan tüm etüt ve projelendirmelerin müteahhit tarafından yapılmasıdır. Bu durumlarda, iş sahibi müteahhitin tasarımına esas teşkil edecek avan projelerini temin etmekle ya da performans kriterleri belirlemekle yükümlüdür. FIDIC literatüründe "işverenin şartları" olarak anılan performans kriterleri, işin sonunda müteahhitten teslim alınacak eserin niteliğini ifade etmek için

⁸⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Resmi Gazete Sayı: 27846, 14 Şubat 2011

kullanılmaktadır. İşverenin şartlarının teknik şartname ile karıştırılmaması gerekmektedir. Teknik şartname, belirli hesapların neticesinde inşaat eserinde kalıcı işlere etki edebilecek malzeme ya da metotların hangi standartlarda ve teknik özelliklerde olacağını belirlediği bir dokümanken, işverenin şartları iş sonunda eserin sağlamak zorunda olduğu asgari özellikleri ifade etmektedir. Örneğin, teknik şartnamede bir yapıda kullanılacak betonun tipi ve özellikleri ayrıntılandırılırken, işverenin şartları o yapının dayanmak zorunda olduğu yükü tarif etmektedir. Sarı Kitapta bu yönetimin kullanılmasının temel sebebi, iş sahibinin tetkik ve projelendirme faaliyetlerinde bulunmamasından ötürü herhangi bir teknik hesaplama yapmamasıdır. Bu işler, proje sorumluluğunu yüklenmiş müteahhit tarafından yapılacaktır. Müteahhit işverenin şartlarını sağlayabilecek tasarım çözümleri getirmekten ve bu tasarımları sahada uygulamaktan yükümlü de olsa, tasarımların iş sahibi tarafından görevlendirilmiş müşavir mühendis tarafından onaylanma zorunluluğu mevcuttur. Bununla birlikte tasarımların mühendislik açısından doğruluğu ve yegane sorumluluğu müteahhitte bulunmaktadır. Bu açıdan müteahhitlerin tasarım sorumluluğundan doğan mesleki sorumluluk sigortalarını sağlamaları bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

FIDIC Sarı Kitap standart şartnamesinde, ödemeler götürü bedel kurgusu üzerine oturtulmuştur. Ancak, Kırmızı Kitapta olduğu gibi, Sarı Kitapta da bu usulün kullanılması bir zorunluluk değildir. İhale zamanında hazır bulunan ve miktarların net olarak belirlenebileceği uygulama projeleri ya da mahal listeleri bulunmadığından, istekliler taslak projelerinde belirledikleri miktarlar ve yöntemler üzerinden işin tamamı için teklif vermektedirler. Toptan ya da global götürü olarak ifade edilen bu sistemde aynı iş kapsamında eser yapılarının gerçekte meydana getirilmesi esnasında müteahhitlerin karşılaştıkları miktarlardaki artış ya da azalışların müteahhitlerin riski olduğu yukarıda 3.5.2.1 maddesinde ele alındığı için burada bir kez daha yinelenmeyecektir.

Sarı Kitaba göre yapılan işlerde, iş sahiplerinin iş kapsamını belirlerken dikkatli olmaları çok önemlidir. Neyin nasıl yapılacağını, nelerin ise yapılmayacağını uygulama projeleri ve mahal listeleriyle net olarak ortaya

konulduğu Kırmızı Kitabın aksine, Sarı Kitap bir iş kapsamı belirlemede ve bu işin performans kriterlerini belirlemektedir. İşin kapsamının ne ölçüde detaylandırıldığı çok büyük öneme sahiptir. Çok yüzeysel belirlenen bir iş kapsamı fahiş bedelli tekliflerin gelmesiyle sonuçlanacağı gibi, çok detaylı olarak belirlenen iş kapsamlarında ise ihale dosyasının hazırlanması döneminde iş sahibinde bulunan bilgilerin yetersizliğinden ötürü kapsama alınmamış ama zorunlu olarak yapılması gereken işlerden ötürü ciddi ilave maliyetlerin doğması sonucunu doğurabilecektir.

Tez sahibi, FIDIC Sarı Kitabın götürü bedel oluşu hasebiyle KİK kapsamında yapılan anahtar teslimi inşaat projelerle çok karıştırıldığını gözlemlemiştir. FIDIC Sarı Kitap anahtar teslimi götürü bedeli öngören bir şartname değildir. İnşaatın başında öngörülemez durumların risklerini iş sahibine yükleyen bir yapısı vardır. Örneğin, zemin iyileştirilmesi gerekliliği gibi zemin etüdü yapılmadan öngörülemez zorunlu ilave işlerin sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkması durumunda bu işlerle bağlantılı olan ilave maliyetlerin karşılanması yükümlülüğünü iş sahibine vermektedir. Bu husus, Sarı Kitabın, Gümüş Kitaptan ayrıldığı en önemli noktalardan biridir.

FIDIC Sarı Kitap, müteahhitin sahadaki çalışmasını denetleyecek ve müteahhitin sunduğu bilgi, belge ve dokümanları kontrol edip onaylayacak bir müşavir mühendisin varlığını şart koşmaktadır.

4.2.2.3. Mühendislik-Satın Alma-Yapım (MSY) Anahtar Teslimi Projeler için İdari Şartname (FIDIC Gümüş Kitap)

Son fiyat ve süre konusunda kesin bir belirlemenin gerekli olduğu ve müteahhitin, iş sahibinin küçük bir katkısıyla projenin tasarlanması ve yürütülmesi için gerekli bütün sorumluluğu aldığı, endüstriyel tesis veya altyapı projesinin ya da başka bir imar türünün *anahtar teslimi* şeklinde ortaya konulması için uygun olan sözleşme biçimidir. Anahtar teslimi projelere ilişkin alışılmış düzenlemeler

kapsamında, müteahhit, eksiksiz donatılmış ve işletilmeye hazır (anahtar teslimi) bir tesis ortaya koymak üzere tüm Mühendislik, Satın Alma (Tedarik) ve Yapım (MSY) işlerini yürütür.⁸⁷ Bu sözleşme kapsamındaki işlerde iş sahibi, sadece isteklerini belirten bir özel şartname vasıtası ile işin içerisine girmekte, diğer tüm işleri (tasarım, tedarik, inşaat vb.) müteahhit üstlenerek tesisi tüm ekipmanları ile birlikte, işletmeye hazır halde işverene teslim etmektedir⁸⁸. Gümüş Kitap sözleşmenin imzalanmasından itibaren müteahhiti, son derece ciddi riskler altına sokmaktadır. Sözleşmede bulunan "*Sözleşmeyi imzalamakla yüklenici, tüm önceden tahmin edilmeyen sorunları kabul ettiğini ve zorluklarla birlikte sözleşmeyi üstlendiğini kabul etmektedir*" ibaresi bunu açıkça göstermektedir. Tanımlanan işlerle yapılan işlerin istenilen amaca uygunluğu da müteahhitin sorumluluğu altındadır. İş sahibi açısından, periyodik denetimden çok belirli bir fiyata belirli bir sürede anahtar teslimi bir tesisi teslim almak ön plandadır.⁸⁹ Dolayısıyla FIDIC, bu türdeki şartnamelerin inşaat başlangıcından önce öngörülemeyen risklerin fazla maliyet ya da süre artışı gerektirmeyecek minör riskler olması durumunda kullanılmasını tavsiye etmektedir.

İşbu tezin 6.2 maddesinde detaylı olarak ele alındığı üzere KİK kapsamında yapılacak kamu yatırımlarında istisnai durumlar hariç kullanılması beklenen anahtar teslimi götürü bedel usulünün aksine, IPA fonlarıyla finanse edilen inşaat işlerinde anahtar teslimi götürü bedel uygulamasını haiz Gümüş Kitap kullanılmamaktadır. Çünkü Gümüş Kitap, iş sahibi adına inşaatı denetleyecek ve hakedişleri neşrecek bir müşavir mühendisi düzenlememektedir. İlave olarak bu kitaba göre yapılan işlerde öngörülemeyecek riskler de dahil tüm riskler kendisi tarafından alındığı için müteahhit, kar marjını korumak adına yüksek bedelli teklif vermekte ve iş bedeli Sarı ya da Kırmızı kitaba göre çok daha yüksek olmaktadır.

⁸⁷ Sarioğlu, 2009, a.g.e

⁸⁸ Sarioğlu, 2009, a.g.e

⁸⁹ Sarioğlu, 2009, a.g.e

4.2.3. Genel İdari Şartname ve Özel İdari Şartname

FIDIC tip şartname kitaplarının üç bölümden oluştuğu görülmektedir:

- Genel Şartlar,
- Özel Şartların Hazırlanmasına Yönelik Rehber,
- Teklif Mektubu, Sözleşme Anlaşmaları ve Uyuşmazlık Çözüm Anlaşması Formları.

FIDIC standart şartnamelerinin getirdiği görev, yetki ve sorumluluklar, ödeme türü ve şekilleri, tarafların yüklediği riskler, vs standart şartnamelerde ele alınan madde ve alt-maddelerde yer alan hükümlere göre belirlenmektedir. Bu madde ve alt-maddeler genel şartları ihtiva etmekte olup, sözleşmede “genel idari şartname” adıyla yer almaktadır. FIDIC’te düzenlenen genel şartlar, büyük bir mühendis-müşavir ve hukukçu katılımıyla, dünya çapında yapılan inşaat işlerinde edinilmiş tecrübeler çerçevesinde yazılmıştır. FIDIC şartnamelerinde taraflara verilen görevler, müeyyideler, süre sınırları, risk paylaşımı gibi konularda getirdiği düzenlemelerle tüm dünyada tercih edilmesinin sebebi yine bu genel şartlardır. Diğer bir yandan, FIDIC, inşaat işinin bulunduğu mahal ve şartlar ile iş sahibinin müdahale arzusunun sınırları, işin kısımlara ayrılması gerekliliği gibi değişken şartların genel hükümlerden bazılarının zaruri olarak değiştirilmesini gerekli kılacağını da kabul etmektedir. Bu gibi durumlar için, genel şartlarda yer alan düzenlemeleri değiştirecek özel şartların hazırlanması gerekecektir. Genel bir kural olarak, özel şartlarda yapılan düzenlemeler, ilgili olduğu genel şartla aynı madde ve alt-madde numarasına sahiptir. Dolayısıyla, özel şartlarla değiştirilmemiş bir genel şart geçerliliğini korumakta; ancak özel bir şart getirilmişse, özel şart geçerli olmaktadır. Özel şartlar, sözleşmede “özel idari şartname” adıyla bulunmaktadır. Yukarıda m. 4.1.9’da değinildiği üzere, PRAG mevzuatında da sözleşme dosyasını oluşturan belgeler bir öncelik sıralamasına tabii tutulmuş, bu sıralamaya göre yukarıda değinilen mantıkla “özel idari şartname”, “genel idari şartname”den yukarıya yazılarak daha öncelikli olması sağlanmıştır.

Diğer bir yandan, IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde Program Otoritesi Kurumların kendilerine göre bir özel idari şartname oluşturması AB Delegasyonu tarafından engellenmektedir. AB eş finansmanı ile yapılan inşaat projelerinde Program Otoriteleri, Delegasyon tarafından oluşturulan ve işin kısımlara ayrılması hariç değiştirilmesine istisnai durumlar dışında izin verilmeyen matbu özel şartları kullanmaktadırlar. Delegasyon FIDIC'in hassas yapısının Türk Kamu İdarelerince bozulmasından endişe etmektedir.

FIDIC tip şartname kitaplarının üçüncü ve son bölümü olan standart formlar IPA kapsamında yürütülen işlerde kullanılmamaktadır. Bu gibi standart formlar PRAG eklerinde yer aldığı şekilde kullanılmak zorundadır.

4.2.4. Müşavir Mühendis

İş sahibi, yukarıda ele alındığı üzere TBK hükümleri arasından müteahhit tarafından meydana getirilecek eser karşılığında müteahhite eser bedelini ödeme borcunu üstlenen kişi olarak tanımlanmaktadır. Özel hukuk alanından incelendiğinde iş sahibi işin finansman kaynağıdır ve eserin meydana getirilmesi açısından herhangi bir teknik bilgiyi haiz olması beklenmemektedir. Zira, inşaat işini fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapacak olan kişi müteahhittir. Bu açıdan iş sahibince, inşaat başlamadan önce inşa edilecek olan eserin fizibilite etütlerini yapacak, işin teknik gereklilikleri ışığında projelendirme faaliyetlerini ve teknik şartnamelerin oluşturulması görevlerini ifa edecek; inşaat başladıktan sonra da iş sahibi adına müteahhit tarafından yapılan işi bizzat ya da kendi sorumluluğu altında çalıştırdığı alanında uzman kişiler vasıtasıyla denetleyecek, iş sahibinin çıkar ve menfaatlerini koruyacak ve eserin teslim alınarak ücretin ödenmesi konusunda iş sahibine yol gösterecek bir kişiye ihtiyaç duyulur. Bu kişiye “müşavir mühendis” adı verilmektedir. Müşavir mühendis, gerçek kişi olabilmesine rağmen, inşaat işlerinin büyüklüğü ve farklı dallarda uzmanlık gerektirmesinden ötürü genellikle tüzel kişilikleri veya ortak girişimler için kullanılmaktadır.

Bununla birlikte, yukarıda m. 4.2’de ele alındığı üzere Finansman Anlaşmasında belirtilen *“tüm yapım işleri sözleşmeleri, bağımsız bir kontrol mühendisinin görevlendirilmesi suretiyle yürütülmelidir”* hükmü ile, inşaat sözleşmesinin akdedilmesinden sonra, bu sözleşmenin denetim ve kontrol işlerinde görev alacak “müşavir mühendis” kastedilmektedir.

Müşavir mühendis, iş sahibi tarafından kendisine verilen bu görevleri iş sahibi ile aralarında kurulan bir danışmanlık hizmeti sözleşmesi kapsamında yerine getirmektedir. Müşavir mühendis, iş sahibi ile müteahhit arasında kurulan sözleşmeye taraf değildir. Bu sözleşme açısından ele alındığında müşavir mühendis, iş sahibinin bir çalışanı ya da temsilcisi unvanını kullanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu’na göre yapılan inşaat sözleşmeleri için müşavir mühendisin rolünü iş sahibi belirler. İş sahibi ile müşavir mühendis arasındaki sözleşmede, müşavir mühendisin hukukî durumu, iş sahibinin ihtiyaçları doğrultusunda belirtilir. Zira, müşavir mühendisin iş sahibinin vekili sıfatıyla atanmış olduğu durumlarda, Türk Borçlar Kanunu’nun 502-514. maddelerinde düzenlenen vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bunun dışında, eğer iş sahibi, müşavir mühendisi istihdam eden bir işçisi olarak atamışsa o zaman müşavir mühendise Türk Borçlar Kanunu’nun “adam çalıştıranın sorumluluğu” başlıklı m. 66 hükmü uygulanır ve iş sahibi, müşavir mühendisin yaptığı işlerden doğan zararlardan sorumlu olur. Eğer iş sahibi, müşavir mühendisi temsilci olarak atamışsa, o zaman Türk Borçlar Kanunu’nun 40-48. maddelerinde düzenlenen temsil hükümleri uygulanır⁹⁰.

Bununla birlikte, müşavir mühendisin inşaat sözleşmesi kapsamında yürütmekten sorumlu olduğu işler ile otoritesi, müteahhit tarafından da bilinmesi ve kabul edilmesi açısından idari şartnamede yer almalıdır. Genel olarak inşaat projelerinde müşavir mühendis şu işlerden sorumludur: etütlerin tamamlanmasında denetim ve kontrol, tasarımların onayı, malzeme seçimi onayı, her türlü metot onayı (çevre yönetimi, iş sağlığı ve güvenliği, inşaat yapım teknikleri, vs) hakediş belgelerinin düzenlenmesi, inşaatın sahada fiziki olarak denetlenmesi, kusurların

⁹⁰ Şekerci, 2010, a.g.e

bildirilmesi ve düzeltilmesinin kontrolü, her türlü kalite testinin tetkik ve onayı, kabul ve kesin hesapta doğruluğun sağlanması ve uyuşmazlıkların çözümünde iş sahibine kılavuzluk.

Müşavir mühendis, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde "yapı denetim görevlisi", FIDIC idari şartnamelerinde ise "mühendis" olarak isimlendirilmektedir. Müşavir mühendisin görev ve yetkileri açısından iki düzenlemede benzer yanlar bulunduğu halde, birtakım önemli farklılıkların da bulunduğu görülmektedir. YİĞŞ m. 15'te yapı denetim görevlisinin yetkileri yukarıda ele alınan şekilde düzenlenmiş olup kendisine sadece iş sahibinin teknik işlerden sorumlu kontrol mühendisi olması için gereken yetkiler verilmiştir. Bununla birlikte yapı denetim görevlisinin hakediş raporu düzenleme yetkisi de bulunmaktadır. FIDIC idari şartnamelerinde ise, alt madde 3.1'de yer aldığı şekliyle mühendis, sözleşmede belirtilmiş olan veya belirtilmiş olması gereken görevlerini yaparken ve yetkilerini kullanırken iş sahibi adına hareket ediyor diye kabul edilir denmesine rağmen, bu maddenin sözleşmeye taraf olmayan mühendisin sözleşme kapsamında kendisine yüklenen görevlerini ifa ederken müteahhit gözünde iş sahibiymiş gibi anılmasının sağlanması; böylelikle mühendisten gelebilecek bir talimatın iş sahibinden geliyormuş gibi bir etki yaratmasının amaçlandığı düşünülebilir. FIDIC'te mühendisin KİK'te düzenlenen yapı denetim görevlisinin yetkilerine ilave ve farklı olarak *tarafsız* karar verme yetki ve sorumluluğu bulunmaktadır. Bu açıdan ele alındığında FIDIC'te tanımlanan mühendis, müteahhit ile iş sahibi arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları ilk derecede karara bağlayacak kişidir. FIDIC m. 3.5 [Mühendisin Kararları] gereği mühendis, anlaşmaya varacağı veya karar vereceği belirtilen konularda, anlaşmaya varmak için her iki tarafla görüşmelerde bulunmakta, anlaşmanın sağlanamadığı durumlarda ise ilgili bütün şartları gerektiği şekilde dikkate alarak sözleşme hükümlerine göre *adil* bir karar vermektedir. Bu karar, taraflarca bir üst anlaşmazlık çözüm noktası olan uyuşmazlık hakem heyetine taşınmadığı sürece her iki taraf için de bağlayıcıdır. FIDIC mühendisinin bu rolü, tarafların birbirleri aleyhinde buldukları hak taleplerinde bir hakem gibi davranmasını gerekli kılmaktadır. Bu durum geçici ve kesin hakediş ödemelerinde kendisini gösterebildiği gibi ilave işlerin bedelinin belirlenmesinde ve ilave süre uzatımlarında da göstermektedir.

Öte yandan, Program Otoriteleri tarafından operasyonel programlar altından yürütülen inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi Türk Kamu İdarelerince yürütülen kamu yatırımı niteliğini haiz inşaat sözleşmelerinde, FIDIC tarafından müşavir mühendise verilen bu bağımsız karar verme yetki ve sorumluluğu bazı durumlarda Kamu İdarelerini zor durumda bırakmaktadır. FIDIC standart formları, kamu yatırımları için oluşturulmuş standart şartname tipinde belgeler değildir. FIDIC açısından ele alındığında iş sahibi, bir inşaat yapısına sahip olmak isteyen ve bunun finansmanını sağlayan herhangi bir kişi olabilmektedir. Müteahhitlerin işin teknik boyutundan anlamayabilecek bu iş sahibince ezilmesini engelleyecek, diğer bir yandan da müteahhitler tarafından meydana getirilen eserin kalite, miktar ve tutar kontrolünü iş sahibi adına yapacak bir mühendis gerekliliği, kendi yapısı da müşavir mühendislerden oluşan FIDIC için mühendis tanımındaki çıkış unsuru olmuştur. Diğer bir yandan, Kamu İdarelerinin özel durumunun sıradan iş sahiplerinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Kamu İdareleri, kamu finansmanı kullanmaktadırlar ve bunun hesabını verme konusunda izlenen yöntem ve süreçler özel yatırımcılardan oldukça farklıdır. Bu açıdan ele alındığında aynı olayın özel bir yatırımcı nezdindeki görüntüsüyle bir İdare nezdindeki görüntüsü oldukça farklı olmaktadır. İdare Hukukuna göre, İdareler kamunun çıkar ve menfaatlerini korumakla yükümlüdürler ve bu kapsamda bazı durumlarda inşaat sözleşmesi kapsamında bile olsa müteahhitin lehine olan bir işin, kamu menfaatine zarar vereceği görüldüğünde özeline zararını kamunun zararına tercih edilmemeli ve İdarenin inisiyatif kullanıp işi engelleme ya da değiştirme yetkisi olmalıdır.

Kamu yatırımı niteliğindeki idari sözleşmelerde, kamu yararı ile kişisel yarar karşı karşıyadır. Kamu yararı elbette kişisel yarardan daima üstündür, asla eşit olamaz. Bu bakımdan kamu yararının temsilcisi olan İdare; kamu yararını gözetebilmek ve koruyabilmek için kişisel yararı temsil eden kişiye göre özel hukuk sözleşmelerinde her hangi bir tarafa tanınmayan bazı ayrıcalıklara ve üstün yetkilere sahip kılınmıştır. Bu sebepten dolayı idarî sözleşmeler özel hukuk kurallarından farklı bir hukukî rejime tâbidirler⁹¹. Türk mevzuatı kapsamında İdareye tanınan bu üstünlük ya kanunlarda yer alan bir hükme ya da kamu hukukunun ilkelerine dayanır.

⁹¹ Prof. Dr. Zehra Odyakmaz, Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_12.pdf, son erişim: 02/08/2014

Bununla birlikte İdare kendisine tanınan ayrıcalıkları ve yetkileri kullanabilmek için "hukukî dayanak ilkesi" denilen bir yasal yetkiye muhtaçtır⁹². Bu bakımdan 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası arasında fark vardır. 1961 Anayasasının 40. maddesine göre herkes, dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahiptir. Kanun sözleşme hürriyetini kamu yararı amacıyla sınırlayabilir. Bu hüküm bir bakıma idarî sözleşmelerdeki tek yanlı hükümlerin; karşı âkidin söz hakkının bulunmadığı şartlaşmalar, tek tip sözleşmeler gibi hallerin dayanağını oluşturmaktaydı. 1982 Anayasasının 48. maddesi ise aynı şekilde herkese, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerini tanıdığı halde 1961 Anayasasında var olan "*kanun, bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir*" hükmüne yer vermemiştir. Bu durumda İdareye tanınan üstünlük ve ayrıcalıkların dayanağını kanunlar (Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu gibi) ve kamu yararının niteliği ve bu niteliği dikkate alan yargı içtihatları ve doktrin oluşturmaktadır⁹³. IPA mevzuatında Kamu İhale Kanunu yerine PRAG kamu satın alma kurallarının kullanılması ve yukarıdaki görüşün tecellisi olan YİĞŞ yerine FIDIC tip şartnamelerin kullanılmaması nedeniyle İdare, özel hukuk kurallarının tanıdığı yetkilerden daha fazla bir yetkiye sahip değildir. Yukarıda da anlatıldığı üzere, anlaşmazlık çıkan konularda işlem yapma ve karar verme yetkisi FIDIC mühendisine bırakılmıştır. Diğer bir yandan, İdarenin kendisinden beklenen kamu menfaatini koruma ve kollama görevini devam ettirmesi beklentisi devam etmektedir.

⁹² Prof. Dr. Zehra Odyakmaz, Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_12.pdf, son erişim: 02/08/2014

⁹³ Prof. Dr. Zehra Odyakmaz, Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_12.pdf, son erişim: 02/08/2014

BÖLÜM V

PROGRAM OTORİTELERİNİN DİKKAT ETMESİ GEREKEN DİĞER YASAL YÜKÜMLÜLÜKLER

Program Otoritesi İdarelerce yürütülen inşaat sözleşmelerinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 1085/2006 sayılı IPA Çerçeve Tüzüğü, 718/2007 sayılı IPA Uygulama Tüzüğü, IPA Çerçeve Anlaşması ve operasyonel programlarına yönelik yapılan Finansman Anlaşmalarında belirtilen usul ve esaslara göre idari işlem yapıldığından yukarıda bahsedilmiştir. Ancak, Kamu Kurumu niteliğini haiz Program Otoritelerinin göz önünde bulundurması gereken yasal düzenlemeler bunlarla sınırlı değildir. İdarelerin, IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde uygulaması gereken ve yasalarca düzenlenmiş olan, inşaat sözleşmesine doğrudan etki eden birtakım başka yükümlülükleri de bulunmaktadır. Diğer bir yandan, çeşitli yasa ve yönetmeliklerde yer alan bu yükümlülüklerin konsolide olarak yer aldığı bir doküman mevcut değildir. Bu durum, İdarelerin yapacakları iş ve işlemlerde hata ve eksikliklere sebep olmaktadır. Bu bölümde, yasalarca İdarelere yüklenen diğer sorumluluklar ele alınacak ve mevzuattaki bu eksiklik giderilmeye çalışılacaktır.

5.1. 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından İdarelere Yüklenen Sorumluluklar

4857 sayılı İş Kanunu'nun⁹⁴ “*kamu makamlarının ve asıl işverenlerin hakedişlerden ücreti kesme yükümlülüğü*” başlıklı 36. maddesinde Kamu İdarelerince yapılan yapım işlerinde görev alan müteahhitlerin ve taşeronların işçilerin ücretlerinin ödendiğinin kontrolünün yapılması ve İdarelerin, ücreti ödenmeyen

⁹⁴ 4857 sayılı İş Kanunu, Resmi Gazete, Sayı: 25134, 22 Mayıs 2003

işçilerin alacaklarını müteahhite yapacakları hakedişten mahsup ederek ödeme yükümlülükleri bulunmaktadır:

“Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; asıl işverenler müteahhite verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hakedişlerinden öderler”. İşçi alacağının bulunup bulunmadığının kontrolü için, müteahhit ve taşeronlarca şantiyelerin ilan tahtasında ya da işçilerin toplu olarak bulunduğu yerler gibi işçilerin kolaylıkla görebileceği yerlerde hakediş ödemesi yapılacağı ilan edilmeli ve alacağı olan işçilerin İdare’ye nasıl başvuruda bulunacağı açıklanmalıdır. İş Kanununda yer alan hüküm şu şekildedir: *“Bunun için hakediş ödeneceği ilgili idare tarafından işyerinde şantiye şefliği işyeri ilân tahtası veya işçilerin toplu bulunduğu yerler gibi işçilerin görebileceği yerlere yazılı ilân asılmak suretiyle duyurulur. Ücret alacağı olan işçilerin her hakediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez”.*

Kanun kapsamında İdarelere verilen bu yükümlülüğün İdarelerce yerine getirilmesi kesin surette zorunludur. İlanın asıldığı hakediş ödemelerinde tutanak altına alınmalı ve bu tutanakta müşavir mühendis, asıl müteahhit ve işçi temsilcilerinin imzaları bulunmalıdır. YİĞŞ, “Yüklenicinin Çalıştırdığı Personel” başlıklı yedinci bölümde İş Kanunundan doğan bu sorumluluk doğrultusunda düzenleme getirmiştir. Bununla birlikte, FIDIC idari şartnamelerinin genel koşulları bu şekilde bir düzenleme getirmemektedir. Kanunun istisnaları düzenlediği 4. maddesinde dış yardımla finanse edilen sözleşmeler düzenlemeden muaf tutulmamıştır. Bu sebepten ötürü, her hakediş döneminde işçi alacakları sorgulanmalı, işçi alacağı bulunuyorsa işçi alacaklarının kapatılana kadar müteahhitin hakedişleri ödenmemeli ya da ödenecekse alacaklar mahsup edilerek

doğrudan işçilere ödeme gerçekleştirilmektedir. Tez sahibi, düzenlemenin Yapım İşleri Genel Şartnamesinde oldukça detaylı bir şekilde işlendiğini ve düzenlemenin IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde de Özel İdari Şartnameye taşınması gerektiğini düşünmektedir.

5.2. 4817 Sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun Açısından İdarelere Yüklenen Sorumluluklar

AB-Türkiye Mali İşbirliği çerçevesinde yürütülmekte olunan inşaat projelerinde hem yapım işleri, hem de müşavirlik işleri kapsamında yüklenici firmalar bünyesinde çok sayıda yabancı personel çalışmaktadır. Bu kişilerin Türkiye'ye giriş-çıkışlarında ve ikamet izinlerinde Türk Kanunları uygulanmaktadır. Görevleri süresince Türkiye'de bulunacak yabancıların Türkiye'de çalıştırılması için yapılan düzenlemeler 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun⁹⁵, bu Kanun kapsamında çıkarılan Uygulama Yönetmeliği⁹⁶ ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁹⁷ ile yapılmıştır.

4817 sayılı Kanun m. 22'de *“her türlü çalışma izninin verilmesi, sınırlandırılması, iptali, çalışma izninden muaf tutulacak yabancılar ile bildirim yükümlülüklerinin nasıl yerine getirileceğine ilişkin usul ve esaslar bu Kanuna göre çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir”* ifadesine yer verilerek kanunun IPA kapsamında uygulanışında Program Otoriteleri tarafından dikkat etmeleri gereken hususlar için uygulama yönetmeliği hedef gösterilmiştir. İlgili kanunun uygulama yönetmeliğinde muafiyetleri düzenleyen 55. maddesinin 1. fıkrası (j) bendinde *“Türkiye Avrupa Birliği Mali İşbirliği Programları kapsamında yürütülen projelerde görevlendirilen yabancı uzmanların, görevleri süresince, çalışma izni almalarına gerek bulunmamaktadır”* düzenlemesi getirilmiştir. Bu çerçevede, IPA kapsamında

⁹⁵ 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, Resmi Gazete, sayı: 25040, 6 Mart 2003

⁹⁶ Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği, Resmi Gazete, sayı: 25214, 29 Ağustos 2003

⁹⁷ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 28615, 11 Nisan 2013

yürütülen projelerdeki görevleri dolayısıyla Türkiye’de çalışacak yabancıların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na verilecek çalışma izinlerinden muaf tutuldukları görülmektedir.

Bununla birlikte, aynı maddenin 4. fıkrasında “*bu maddede sayılan yabancılar, ülkeye giriş yaptıkları tarihten itibaren en geç otuz gün içerisinde ve her halükarda faaliyetlerine başlamadan önce geliş amaçlarını, ne kadar süre ile ve nerede kalacaklarına ilişkin bilgileri, buldukları yerin emniyet makamlarına bildirerek ikamet tezkeresi almak zorundadırlar*” denilmektedir. Dolayısıyla yönetmelik, çalışma izninden muaf tutulan yabancıların Türkiye’de ikamet edebilmeleri için emniyet makamlarından alınacak “çalışma” meşruhatlı ikamet tezkeresinin alınması şart koşmaktadır. Bu şartın 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun⁹⁸un 3. maddesinde yer alan düzenleme sebebiyle olduğu düşünülmektedir.

IPA fonlarıyla finanse edilen projelerde yabancı çalışanların sigorta ile ilgili sorumlulukları uygulama yönetmeliğinin 55. maddesi 4. fıkrasında yer alan “*muafiyet hükümlerinden yararlanacak yabancılarla ilişkin sosyal güvenlikle ilgili yükümlülüklerin yerine getirilmesi zorunludur*” hükmü ile birlikte ortaya konulmaktadır. Buna göre, 6458 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte asıl işverenlerin (müteahhit ya da müşavir mühendis) çalışma izi muafiyet belgelerinin işlendiği tarihten itibaren 30 günlük süre içinde sigortalı işe giriş bildirgesi düzenleyerek Sosyal Güvenlik Kurumu’na vermeleri halinde bildirme yasal sürede verilmiş sayılacaktır. İşyeri bildirgesi ile aylık birim ve hizmet belgesi hakkında da aynı şekilde işlem yapılacaktır⁹⁹. Konu ile alakalı olarak Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığınca çıkarılan 28/02/2014 tarih ve 2014/15 sayılı Genelge’den daha detaylı bilgi edinilebilir.

⁹⁸ 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, Resmi Gazete, sayı: 7564, 24 Temmuz 1950

⁹⁹ Mazars Sirküleri, Sayı: 2014/053, 11/03/2014

Uygulama yönetmeliğinin 56. maddesinde ise çalışma izninden muaf olan yabancılara Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca “*çalışma izni muafiyet teyit belgesi*” düzenleneceği hükmünde bulunmaktadır. Kanun ya da uygulama yönetmeliklerinde çalışma izni muafiyet teyit belgesinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından başka bir Bakanlık tarafından verileceği düzenlenmemiş olsa da, Avrupa Birliği Bakanlığının 19/02/2013 tarih ve 14704270/749/582 sayılı yazısında kendilerinin 24/12/2012 tarih ve 4521 sayılı yazılarında AB-Türkiye mali işbirliği kapsamındaki yürütülen projelerde bu belgelerin ilgili sözleşme otoritesi kurumlarca verileceği belirtilmektedir. Buna göre IPA kapsamında yürütülen projelerde “çalışma izni muafiyet belgesi” ilgili Program Otoritesi Kurumlarca tedarik edilmektedir¹⁰⁰. 13/02/2013 tarih ve 83656484-923.40-2013/769025 sayılı Dışişleri Bakanlığı yazısında ise, çalışma izni muafiyet belgelerinin düzenlendiği kişileri çalışma vizesinden muaf kılmadığı ve bu kişilerin her halükarda çalışma vizesi olarak ülkemize gelmeleri gerektiği, bu bağlamda da muafiyet belgelerinin ibraz edilmesi durumunda belgede belirtilen tarihler arasında proje kapsamında çalışacak yabancı uzmanlara yönelik çalışma meşruhatlı vizelerinin dış temsilciliklerce resen verileceği hususunun tebliğ edildiği ifade edilmektedir.

Bu bilgiler ışığında projeler kapsamında Türkiye’de kalacak kişilere yönelik olarak Program Otoritesi Kurumlarca “çalışma izni muafiyet belgesi” düzenlenecek, ilgili kişi Türkiye’ye gelmeden önce bu belgeyle birlikte Türkiye’nin dış temsilciliklerine başvuracak ve “çalışma” meşruhatlı vizesini almış bir şekilde Türkiye’ye giriş yapacaktır. Daha sonra, çalışma izni muafiyet belgesiyle birlikte ilgili emniyet makamlarına başvurarak ikamet tezkeresini alacak ve sosyal güvenlikle ilgili yükümlülüklerini yerine getirecektir.

Diğer bir yandan, 4817 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 55. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen emniyet makamlarından ikamet tezkeresi alınma şartı, 6458 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte kaldırılmıştır. 6458 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte 5683 sayılı Kanun da yürürlükten

¹⁰⁰ Örnek bir çalışma izni muafiyet belgesi Ek-3’te yer almaktadır.

kaldırılmış olup, 6458 sayılı kanununun 27. maddesine göre çalışma izni muafiyet teyit belgesi ikamet izni sayılmakta, bu kapsamda emniyet makamlarından ayrıca bir ikamet izni alınması gerekmemektedir: “geçerli çalışma izni ile 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı *Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanununun 10 uncu maddesine istinaden verilen Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesi, ikamet izni sayılır. Çalışma izni ya da Çalışma İzni Muafiyet Teyit Belgesi verilen yabancılardan, 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa göre çalışma izni süresi kadar ikamet izni harcı tahsil edilir*”. Tez tarihi itibarıyla 4817 sayılı kanunun uygulama yönetmeliği 6458 sayılı kanunla getirilen yeni düzenlemeye adapte edilmemiş de olsa, uygulamada 6458 sayılı kanun hükümleri uygulanmalıdır.

İlave olarak, 6458 sayılı Kanun 11. maddesinde, aynı kanunun 12. maddesinde yer alan muafiyet hükümleri hariç Türkiye’de doksan güne kadar kalacak yabancıların vatandaşı oldukları veya yasal olarak buldukları ülkedeki konsolosluklardan geliş amaçlarını da belirten vize olarak gelmelerinin gerektiği belirtilmektedir. Kanun kapsamında vize, Türkiye’de en fazla doksan güne kadar kalma hakkı tanıyan ya da transit geçişi sağlayan izni, vize muafiyeti ise vize alma gerekliliğini kaldıran düzenlemeyi ifade etmek için kullanılmaktadır. Kanununun 19. maddesinde ise “Türkiye’de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur. İkamet izni, altı ay içinde kullanılmaya başlanmadığında geçerliliğini kaybeder” ifadesine yer verilmeyle birlikte, 12. maddesi 1. fıkrası (b) bendinde “Türkiye’ye giriş yapacağı tarih itibarıyla geçerli ikamet veya çalışma izni bulunanlar”ın Türkiye’ye girişlerinde vize şartı aranmayacağı belirtilmektedir. Bu bilgiler ışığında;

- Doksan günden uzun süreli kalmalarda ikamet izni alınması gerekmekte,
- Çalışma izni muafiyet teyit belgesi, ikamet izni sayılmakta,
- Geçerli bir ikamet izni vize şartından muaf tutmaktadır.

Buna göre 6458 sayılı Kanunla getirilen bu yenilikler sonucunda IPA kapsamında yürütülen projelerde görev alacak olan yabancıların Program Otoriteleri tarafından düzenlenen “çalışma izni muafiyet belgeleri”ni tedarik etmekten başka

sadece sosyal güvenlikle ilgili bildirim yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu çıkarım, yukarıda anılan prosedürden oldukça farklıdır. Bu sebepten ötürü, muhtemel problemlerin engellenebilmesi açısından 6458 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin en kısa süre içinde düzenlenmesi gerekmektedir.

5.3. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Açısından İdarelere Yüklenen Sorumluluklar

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun¹⁰¹ “*Prim ve idari para cezası borçlarının hakedişlerden mahsubu, ödenmesi ve ilişiksizlik belgesinin aranması*” başlıklı 90. maddesi, Program Otoritesi Kamu İdarelerine çok ciddi sorumluluklar yüklemektedir. Bu husus, Kanun maddesinde “*Bu maddede belirtilen yükümlülükler yerine getirilmeden hakediş ödenmesi, kesin teminatın iade edilmesi veya geçici iskân izin belgesi ve yapı kullanma izin belgesi verilmesi veya diğer işlemlerin gerçekleştirilmesi hallerinde, ilgililer hakkında genel hükümlere göre idarî ve cezaî işlem yapılır*” ifadesine yer verilerek ortaya konulmuştur. Bu madde kapsamında İdarelere yüklenen sorumluluklar, “Sosyal Güvelik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmelik”¹⁰² (bu madde kapsamında “yönetmelik” olarak ifade edilecektir) ile detaylandırılmış, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı(SGK) tarafından çıkarılan 2008-88 sayılı Genelge¹⁰³ ile açıklanmıştır.

Bu yasal düzenlemeler kapsamında, Program Otoritesi Kurumların ihale suretiyle yaptırdıkları her türlü işleri üstlenenleri, bunların adreslerini, sözleşmenin imzalanma tarihini ve sözleşmeye göre işe başlama tarihini, sözleşmenin imzalandığı tarihi takip eden 15 gün içinde, ihale konusu işin yapıldığı yeri çevresine alan Sosyal Güvenlik İl/Merkez Müdürlüğüne bildirme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu

¹⁰¹ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 2600, 16 Haziran 2006

¹⁰² Sosyal Güvelik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete, 27012 2. Mükerrer, 29 Eylül 2008

¹⁰³ 2008-88 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Genelgesi, 30 Ekim 2008

bildirimden itibaren 15 günlük süre içinde, bu işyerlerine SGK Kurumunca verilen işyeri sicil numaralarının ve işyerine ilişkin diğer bilgilerin Program Otoritesi Kurumlarına bildirilmesi beklenmektedir. Program Otoriteleri, SGK tarafından gönderilen yazıda kayıtlı bilgilerin kendi kayıtları ile örtüşmemesi halinde durumu, yazının kendisine ulaştığı tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili Üniteye bildirmekle yükümlüdür.

Program Otoritesi İdarelerin, ihale yoluyla yaptırdıkları işlerden dolayı hakediş ödemesi yapabilmeleri için, yüklenicilerin, SGK'ya muaccel sigorta primi, işsizlik sigortası primi ve idari para cezası ile bunlara ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer fer'ilerinden oluşan borçlarının bulunmaması gerekmektedir. Bu kapsamda, hizmet alımları ve yapım işleri ile ilgili olarak yalnızca ihale konusu işe ait işyeri dosyasının borç sorgulaması yapılmalıdır. Bununla birlikte; hizmet alımları ve yapım işlerine ilişkin ihale konusu işin devamlı nitelikteki işyeri sigortalıları ile yapılmış olması halinde, hakedişlerden kesinti yapılmasına esas olmak üzere, ihale konusu işin yapıldığı dönemlere bakılmaksızın devamlı nitelikteki işyerinin tüm borçları sorgulanmalıdır. Gerek işverenlerce, gerekse ilgili Program Otoritesinden alınan yazılara istinaden tescil edilmiş ihale konusu işyerlerinde çalışan sigortalılardan dolayı, sözleşmeye göre işe başlama tarihinden sonraki dönemlere ilişkin aylık prim ve hizmet belgelerinin SGK'ya verilmemiş olduğunun anlaşılması halinde, bu durum SGK tarafından ilgili Program Otoritesine bildirilecektir.

Program Otoritesi ise, SGK tarafından yapılan bu bildirim üzerine, ihale konusu işte çalışan sigortalılara ilişkin düzenlenecek olan aylık prim ve hizmet belgelerinden dolayı tahakkuk etmesi olası, sigorta primi, işsizlik sigortası primi ve idari para cezası ile bunlara ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer fer'ilerinden oluşan borçlar için hakedişten yüzde beş oranında kesinti yapacaktır. Program Otoritesi tarafından yapılacak kesinti tutarı, ödeme belgesinde gösterilmeli ve bu kesinti, ödeme makamınca muhasebe kayıtlarına intikal tarihinden itibaren 15 gün içinde SGK'ya veya SGK'nın önceden bildirilen banka hesabına yatırılmalıdır. Hakediş miktarı, işverenin ve varsa alt işverenlerinin SGK'ya idari para cezası, prim

ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçları karşılamadığı durumda, bakiye borç tutarı, daha sonra ödenecek olan hakedişlerden kesilerek SGK'ya ödenmelidir.

Program Otoriteleri, işverenlerin ve varsa alt işverenlerinin SGK'ya idari para cezası, prim ve prime ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer fer'ilerinden oluşan borçlarının bulunup bulunmadığı hususunda sorgulama yapabilmek için SGK'ya yetki başvurusunda bulunabilmektedir. Bu başvuruya istinaden, elektronik ortamda işverenlerin ve varsa alt işverenlerinin muaccel borçlarının bulunup bulunmadığı hususunda sorgulama yapılabilmesi amacıyla, görüntüleme yetkisi verilmekte ve işverenlerin SGK'ya muaccel borcu yoksa ayrıca yazı ile sorulmaksızın hakediş ödemesi yapılabilmeleri sağlanmaktadır.

Program Otoritesi Kurumların ihale konusu işle ilgili müteahhitlerden aldıkları kesin teminatın iade edilmesinde de bu Kanun çerçevesinde dikkat etmeleri gereken hususlar bulunmaktadır. İhale konusu işle ilgili kesin teminat, SGK tarafından düzenlenmiş soğuk damgalı ilişiksizlik belgesi işveren (müteahhit) tarafından Program Otoritesine ibraz edilmediği sürece iade edilmemelidir. İşveren tarafından, Program Otoritesine, ihale konusu işle ilgili borcunun bulunmadığına dair ilişiksizlik belgesinin ibraz edilmemesi halinde, Program Otoritesi, kesin teminatın mevzuatına göre kısmen veya tamamen iadesi imkanının başladığı tarihten itibaren 15 gün içinde, işverenin (müteahhitin) SGK'ya ihale konusu işten dolayı borcunun olup olmadığını sormalı, borcunun bulunmaması halinde ilişiksizlik belgesinin düzenlenmesini yazı ile istemelidir.

5.4. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Açısından İdarelere Yüklenen Sorumluluklar

IPA mevzuatı kapsamında yürütülecek olan inşaat sözleşmelerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan genel olarak istisna tutulduğu, ancak bu istisnanın ceza ve

ihalelerden yasaklama hükümlerini içermediği yukarıda anlatıldığından ötürü burada bir daha yinelenmeyecektir.

5.5. 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Açısından İdarelere Yüklenen Sorumluluklar

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun¹⁰⁴ ile bu Kanunda değişiklik öngören 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹⁰⁵ ile Kamu Kurumu niteliğini haiz Program Otoritelerine hakediş ödemelerinde bulunmadan önce müteahhitlerin Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerine vadesi geçmiş borcun bulunmadığına dair belge arama zorunluluğu getirilmiştir. 5766 sayılı Kanunun 2. maddesi ile 6183 sayılı Kanuna eklenen 22/A maddesinde Maliye Bakanlığı şu şekilde yetkilendirilmiştir: *“4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamına giren kurumların bu Kanun kapsamında hak sahiplerine yapacakları ödemelerde ... Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerine vadesi geçmiş borcun bulunmadığına ilişkin belge aranılması zorunluluğu getirmeye, ... ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir”*. Maliye Bakanlığı da Kanundan almış olduğu be yetki çerçevesinde yayınlamış olduğu Genel Tebliğin¹⁰⁶ 2. maddesi (i) bendi uyarınca 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamına giren kurumların (Program Otoritesi olan Bakanlıklar bu kapsama girmektedir) hak sahiplerine yapacakları ödemeler sırasında yapacağı sorgulama kapsamı, 3. maddenin (i) bendinde belirtildiği üzere *tür* olarak yıllık gelir, yıllık kurumlar, katma değer, özel tüketim, özel iletişim ve banka ve sigorta muameleleri vergileri, gelir ve kurumlar vergisine ilişkin tevkifatlar ve geçici vergiler ile bu vergi türlerine ait vergi zıyaı cezaları, gecikme zam ve faizleri olup, aynı maddenin (ii) bendinde belirtildiği üzere *tutar* olarak 1.000 TL’yi aşan tutarı olarak belirlemiştir. Genel Tebliğin 4. maddesi 4.1 fıkrası (b) bendinde ise *“Kamu*

¹⁰⁴ 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Resmi Gazete, sayı: 8469, 28 Temmuz 1953

¹⁰⁵ 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Resmi Gazete, sayı: 26898 (Mükerrer), 6 Haziran 2008

¹⁰⁶ Tahsilat Genel Tebliğ Seri:A Sıra No:2, Resmi Gazete, 26921, 29 Haziran 2008

İhale Kanunu kapsamında ödeme yapacak olan kurum ve kuruluşlar, hak sahiplerine ödeme yapmadan önce vadesi geçmiş borç durumunu gösterir belge arayacaklar, bu Tebliğ ile belirlenen tutarın üzerinde vadesi geçmiş borç bulunması halinde ödeme yapmayacaklardır. Ancak, borçlunun tahsil dairesine olan borçlarını ödemesi veya sair sebeplerle, ihale nedeniyle kendisine yapılması gereken ödemenin yapılmasını engelleyen durumun kalkması üzerine, yeni alacağı belgeye göre ihaleyi yapan kurum ve kuruluşların gerekli ödemeyi hak sahibine yapabilecekleri tabiidir” ifadesine yer verilerek Program Otoritelerine hakediş ödemeleri yapmadan önce Maliye Bakanlığınca düzenlenecek belge temin etme yükümlülüğü verilmiştir.

İlave olarak 5766 sayılı Kanunu m. 2/2 de bu zorunluluğa rağmen borcun bulunmadığına dair belgeyi aramaksızın işlem tesis eden kurum ve kuruluşlara 2.000 TL idari para cezası verileceği düzenlenmiştir.

5.6. 6546 Sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun Ve KHKlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Açısından İdarelerin Dikkat Etmesi Gereken Hususlar

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun¹⁰⁷ “*Vergi Tevkifatı ve Muhtasar Beyanname*” başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 94. maddesine göre Program Otoritesi olan Kamu İdareleri; aynı maddenin birinci fıkrasının ikinci bendi ile üçüncü bendi uyarınca birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat ve onarma işlerini yapanlara (kurumlar dahil) yapacakları istihkak bedellerinden, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecbur tutulmuşlardır. Bu usul “vergi tevkifatı” olarak tanımlanmakta olup, hakediş ödemelerinden kesilecek bu vergiye de “stopaj vergisi” denilmektedir. Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığınca açıklanan bu tevkifat oranları tez tarihi itibariyle, yapım işlerini yapan müteahhitler için %3, bu işlerin müşavirlik hizmetlerini yürüten müşavir mühendisler için %20 oranındadır. Benzer bir düzenleme 5520 sayılı Kurumlar Vergisi

¹⁰⁷ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 10700, 6 Ocak 1961

Kanununun¹⁰⁸ 15. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve 30. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde de yer almaktadır.

Bununla birlikte, 6546 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun Ve KHKlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun¹⁰⁹ 18 Nisan 2013 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte AB-Türkiye mali işbirliği aracı IPA kapsamında yürütülen sözleşmeler, bu Kanunun 15. maddesi uyarınca 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa eklenen bir geçici madde ile vergi kesintisinden muaf tutulmuşlardır: “*Avrupa Birliği organlarıyla akdedilen ve usulüne göre yürürlüğe konulan anlaşmalar çerçevesinde proje karşılığı sağlanan hibeler, özel bir fon hesabında tutulur ve gelir olarak dikkate alınmaz. Söz konusu hibelerle gerçekleştirilecek projelere ilişkin olarak bu fondan yapılan harcamalar, gelir ve kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider ve maliyet olarak dikkate alınmaz. Proje sonunda herhangi bir şekilde harcanmayan ve iade edilmeyen tutarın kalması hâlinde bu tutar gelir kaydedilir. Birinci fıkra çerçevesinde sağlanan hibelerle finanse edilen yıllara sâri inşaat ve onarım işlerine ilişkin ödemeler üzerinden ve yaptıkları serbest meslek işleri dolayısıyla bu işleri icra edenlere yapılan ödemelerden, fon hesabından yapılan harcama tutarları ile sınırlı olmak üzere, 94 üncü maddenin birinci fıkrasının (2) ve (3) numaralı bentleri ile 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve 30 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri uyarınca vergi kesintisi yapılmaz*”. Yürürlüğe giren bu madde dolayısıyla Program Otoritesi İdarelerce müteahhit ve müşavir mühendisler yapılıcak hakediş ödemelerinde herhangi bir vergi kesintisi uygulanmamalıdır.

¹⁰⁸ 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 26205, 21 Haziran 2006

¹⁰⁹ 6456 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete, sayı: 28622, 18 Nisan 2013

5.7. IPA Çerçeve Anlaşmasında Düzenlenen Vergi İstisnaları Açısından İdarelerin Dikkat Etmesi Gereken Hususlar

IPA Çerçeve Anlaşmasının “Vergiler, gümrük ve ithalat vergileri ve yükleri ve/veya eş etkili vergilere ilişkin hususlar” başlıklı 26. maddesinin 1. fıkrasında “*Sektörel Anlaşma ya da bir Finansman Anlaşmasında başka bir şekilde belirtilmedikçe vergiler, gümrük ve ithalat vergi ve yükleri ve/veya eş etkiye sahip vergiler, Katılım Öncesi Yardım Aracı kapsamında finanse edilmeyecektir. Bu muafiyet, Türkiye Cumhuriyeti tarafından sağlanan ortak finansmanı da kapsamaktadır*” hükmüne yer verilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında IPA Çerçeve Anlaşması kapsamında getirilen vergi muafiyetinin kapsamına ve ayrıntılarına yer verilmektedir. Buna göre özetle, gümrük vergisi, ithalat vergisi, katma değer vergisi (KDV), özel tüketim vergisi, veraset ve intikal vergisi, damga vergisi, özel iletişim vergisi, motorlu taşıtlar vergisi ve benzer etkiye sahip diğer her türlü vergi istisna kapsamına alınmıştır. Maddenin 2. fıkrası (b) bendinde istisnaların nasıl uygulanacağı KDV özelinde şu şekilde ele alınmaktadır: “*AT yüklenicileri, AT sözleşmesi kapsamında sunulan herhangi hizmet ve/veya tedarik edilen mal ve/veya yapılan iş için KDV'den muaf tutulacaklardır. Bir tedarikçi tarafından AT yüklenicisine temin edilen mallar veya sunulan hizmetler veya yapılan işler de KDV'den muaf tutulacaktır. Bu muafiyet sadece AT sözleşmesi kapsamında AT yüklenicisi tarafından teslim edilen mallar veya sunulan hizmetler veya yapılan işler ile bağlantılı olarak temin edilen mallara veya sunulan hizmetlere veya yapılan işlere uygulanacaktır. Bir AT yüklenicisi veya bu Anlaşmada öngörüldüğü şekilde muafiyete hak kazanan AT yüklenicisine mal teslim eden ve/veya hizmet sunan veya iş yapan herhangi bir tedarikçi, bu Anlaşmada öngörüldüğü şekilde KDV'den muaf olarak teslim ettiği mallar veya sunduğu hizmetler veya yürüttüğü işlerle ilgili olarak ödediği KDV'yi, diğer işlemleri için tahsil ettiği KDV'den indirme hakkına sahiptir. Eğer AT yüklenicisi veya tedarikçi bu imkânı kullanamazsa, KDV'nin iadesine ilişkin Türk mevzuatı kapsamında istenen gerekli belgelerle birlikte vergi idaresine yazılı talepte bulunması halinde vergi idaresinden doğrudan KDV iadesi alabilecektir*”.

Çerçeve Anlaşmanın 26. maddesinin 2. fıkrası (c) bendine göre, gelir ve kurumsal vergiler açısından Türk vatandaşı olan gerçek kişilerin ve Türkiye’de kurulan tüzel kişilerin Avrupa Topluluğu (AT) sözleşmesi kapsamında elde ettikleri gelirler Türk mevzuatı uyarınca vergiye tabi tutulabilmektedirler. Türk vatandaşı olmayan gerçek kişiler ile Türkiye’de kurulmuş olmayan tüzel kişilerin vergilendirilmesi usulü de çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında öngörüldüğü şekilde olacaktır. Yukarıda m. 5.6’da ele alınan husus “vergi kesintisi” ya da “stopaj” usulüyle kaynakta kesilen vergilerin uygulanmasına yönelik getirilen bir kuraldır. Stopaj uygulaması olmasa dahi mevzuatta vergi ödeme borcu olan tam ya da dar mükelleflerin gelir ve kurumlar vergilerini ödemeleri gerekmektedir. Bunun için müteahhitlerin AT sözleşmesi kapsamında kazdıkları gelirler ve giderler için diğer işlerinden ayrı bir banka hesabını kullanmaları, proje tamamlandığında ödemekle mükellef oldukları vergi tutarını bu banka hesabında görülen işlemlerle hesaplayıp ödemeleri icap eder.

Çerçeve Anlaşmanın 26. maddesinin 3. fıkrası (a) bendinde ise “*gerektiğinde Yararlanıcı, bu Anlaşmadaki vergi hükümlerini yürütebilmek için Anlaşmanın yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra ikincil mevzuat çıkaracaktır*” ifadesine yer vermektedir. Bu bağlamda, Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı, IPA Çerçeve Anlaşmasında düzenlenen vergi istisnalarının uygulanmasının düzenlemek için 2009 yılında 1 sıra nolu Genel Tebliğ¹¹⁰ yayınlamıştır. Bu Genel Tebliğ’de değişiklik öngören ve ilave düzenlemeler getiren 2 sıra nolu Genel Tebliğ¹¹¹ ise 2014 yılında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Genel Tebliğlere göre, vergi istisnasından yararlanmak isteyen AT Yüklenicilerine Maliye Bakanlığı tarafından KDV İstisnası Sertifikası verilmekte, AT Yüklenicileri de yalnızca görev aldıkları AT sözleşmeleri kapsamında yapacakları iş ve işlemlerle sınırlı olmak kaydıyla bu sertifikayı kullanarak vergi istisnasından faydalanabilmektedirler.

¹¹⁰ Türkiye- Avrupa Birliği Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA) Çerçeve Anlaşması Genel Tebliğ (Sıra No:1), Resmi Gazete, sayı: 27222, 8 Mayıs 2009

¹¹¹ Türkiye- Avrupa Birliği Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA) Çerçeve Anlaşması Genel Tebliğ (Sıra No:2), Resmi Gazete, sayı: 28907, 8 Şubat 2014

KDV İstisnası Sertifikasının düzenlenmesi ve Genel Tebliğ hükümlerinin uygulanabilmesi aşamasında Program Otoritesi İdarelere iki açıdan görev ve sorumluluk verilmektedir:

- Program Otoritelerinin Sözleşme Makamı unvanıyla yapacakları iş ve işlemler açısından,
- Program Otoritelerinin Hibe Yararlanıcısı unvanıyla yapacakları iş ve işlemler açısından.

Program Otoritelerinin Sözleşme Makamı olarak yapmakla mükellef oldukları işler, 1 sıra nolu genel tebliğin 6. maddesinde tanımlanmaktadır. Buna göre Program Otoritesi İdareler;

- AT sözleşmesinin imzalandığı tarihten itibaren 15 gün içinde sözleşmeye ait bilgileri Gelir İdaresi Başkanlığına bildirmekle,
- KDV İstisna Sertifikası başvurusunda AT Yüklenicisinden istenilen Bilgi Formu'nu onaylamakla yetkili kişi veya kişilerin isim, unvan ve imza sirkülerini görevlendirme sonrasında ivedilikle resmi yazı ile Gelir İdaresi Başkanlığına bildirmekle,
- Bilgi Formunu onaylamakla,
- Gelir İdaresi Başkanlığı'na listesi gönderilen AT Sözleşmelerinde meydana gelen süre, bedel ve unvan gibi değişikliklerde, bu değişikliklerin yapılmasını müteakip en geç 15 gün içerisinde resmi yazı ile Gelir İdaresi Başkanlığına bildirmekle ve
- AT Sözleşmelerinde yazılı şartların ihlali sebebi ile veya diğer herhangi bir sebeple iptal edilen AT Sözleşmelerinin iptal gerekçesinin ve iptal edilen bütçe bedelinin ayrıntılı olarak anlatıldığı yazı ve eklerini, iptal işleminin gerçekleştiği tarihi takip eden 15 gün içerisinde resmi yazı ile Gelir İdaresi Başkanlığına bildirmekle yükümlüdürler¹¹².

¹¹² Türkiye- Avrupa Birliği Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA) Çerçeve Anlaşması Genel Tebliğ (Sıra No:1), Resmi Gazete, sayı: 27222, 8 Mayıs 2009

Diğer bir yandan, Program Otoritelerinin AT Sözleşmesinin yararlanıcısı oldukları projelerde (anlam ayrımı için örnek: UDH Bakanlığı Program Otoritesi tarafından yapılan bir demiryolu projesinde hibe yararlanıcısı TCDD olmaktadır) “hibe yararlanıcısı” kurum olarak yapmaları gereken sorumluluklar bulunmaktadır. 1 sıra nolu Genel Tebliğ’de “*KDV İstisna Sertifikasının Kullanılması*” başlıklı 4.3.3 maddesinde, AT Yüklenicisinin, AT Sözleşmesi kapsamında temin edeceği mal, hizmet ve işler için tedarikçinin düzenlediği fatura bedeli (KDV Hariç) 2.000 TL’nin üstünde ise; öncelikle tedarikçi ile “tedarik sözleşmesi” yapması gerektiği, söz konusu tedarik sözleşmesinin, sözleşmeye konu mal, hizmet ve işlerin AT Sözleşmesi kapsamında olduğunun da hibe yararlanıcısı tarafından “*Bu tedarik sözleşmesi tarih ve sayılı AT Sözleşmesine dayanılarak yapılmıştır*” şeklinde şerh düşülerek onaylanması gerektiği ifade edilmektedir. AT Yüklenicisi tarafından AT Sözleşmesi kapsamında (KDV Hariç) 2.000 TL’nin altında yapılacak her bir alım içinse, tedarikçi ile tedarik sözleşmesi yapmak ve hibe yararlanıcısına onaylatmak şartı aranmaksızın, KDV İstisna Sertifikası’nın örneğinin ibrazı ile KDV istisnası kendiliğinden uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda, AT yüklenicisi, takvim yılının üçer aylık dönemleri itibariyle ve izleyen ayın 25. günü akşamına kadar, KDV istisnasından yararlanarak yapmış olduğu harcamalarla ilgili olarak bildirim tablosunu (EK-8) hazırlayarak hibe yararlanıcısına, “*Bu tabloda yer alan harcamalar, sayılı AT sözleşmesi kapsamında yapılmıştır*” şeklinde şerh düşülerek onaylattırmak suretiyle, KDV İstisna Sertifikası’nı aldığı makama bildirecektir¹¹³. Dolayısıyla 2.000 TL’nin altındaki alımlarda hibe yararlanıcısı yalnızca EK-8 tablosunun onaylanmasından sorumlu tutulmaktadır

¹¹³ Türkiye- Avrupa Birliği Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA) Çerçeve Anlaşması Genel Tebliğ (Sıra No:1), Resmi Gazete, sayı: 27222, 8 Mayıs 2009

BÖLÜM VI

UYGULAMADA GÖTÜRÜ BEDEL İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

Tesis ve Tasarla-Yap tipli inşaat işleri idari şartnamesi (FIDIC Sarı Kitap), IPA fonlarıyla finanse edilen inşaat sözleşmelerinde sıklıkla kullanılmaktadır. Diğer bir yandan, Program Otoritesi İdareler henüz FIDIC sözleşme tipleri ile bunların uygulanması açısından yeterli kurumsal kapasiteyi geliştirebilmiş değildirlere. Yapım İşleri Genel Şartnamesi ise İdarelerin usul ve esaslarına oldukça aşına olduğu bir standart belge olarak karşımızda bulunmaktadır. Bu bölümde, FIDIC Sarı Kitaba göre yapılan inşaat işlerinin pratikteki uygulaması; arazi etüt ve tasarım, genel şartları, hak ediş hesabı, proje değişikliklerinde bedel belirleme, fiyat farklılıkları ile ihzarat konularında ele alınacak, gerektiği durumlarda YİĞŞ’le karşılaştırmalara gidilecektir.

6.1. KİK’e Göre Tasarım Yükümlülüğü

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bu Kanun kapsamında çıkarılan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi, bir yapım işi ihalesine çıkılmadan önce arazi etüt ve tasarım çalışmalarının yapılması açısından İdarelere yönelik yükümlülükler getirmektedir.

Bu yükümlülüklerle değinmeden önce, KİK kapsamında ele alınan projeler ve bu projelerin tanımlarına göz atmak gerekmektedir. Kanunun “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde uygulama projesi, “*Belli bir yapının onaylanmış kesin projesine göre yapının her türlü ayrıntısının belirtildiği projeyi*” belirtmek için kullanılmaktadır.

Aynı maddede ön proje, “Belli bir yapının kesin ihtiyaç programına göre; gerekli arazi ve zemin araştırmaları yapılmadan, bilgilerin halihazır haritalardan alındığı, çevresel etki değerlendirme ve fizibilite raporları dahil elde edilen verilere dayanılarak hazırlanan plân, kesit, görünüş ve profillerin belirtildiği bir veya birkaç çözüümü içeren projeyi” tanımlamak için, kesin proje ise “Belli bir yapının onaylanmış ön projesine göre; mümkün olan arazi ve zemin araştırmaları yapılmış olan, yapı elemanlarının ölçülendirilip boyutlandırıldığı, inşaat sistem ve gereçleri ile teknik özelliklerinin belirtildiği projeyi” tanımlamak için kullanılmaktadır.

KİK, “Çeşitli Hükümler” konu başlıklı beşinci kısım m. 62/c’de arazi etüdü ve tasarıma ilişkin İdarelere verilen genel yükümlülüğü şu şekilde düzenlemektedir: “Yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamaz. İhale konusu yapım işinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemediği durumlarda ön veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir”. Bu hükme göre, İdareler, ihaleye çıkmadan önce kendilerine verilen bu görev doğrutusunda inşaat işine yönelik hazırlıklar çerçevesinde uygulama projesini hazırlamakla yükümlüdürler. Bu bir genel kuraldır, diğer haller bu kurala istisnai niteliktedir ve gerekçelendirilmeleri gerekmektedir.

Kanun metninde aynı madde kapsamında bu genel kuralın istisnaları da verilmeye çalışılmıştır: “Ancak, doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde ön veya kesin proje üzerinden, her türlü onarım işleri ile işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerekmesi veya uygulamada imar ve güzergâh değişikliklerinin muhtemel olması nedenleriyle ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan, bina işleri hariç, yapım işlerinde ise kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir”. Doğal afet durumlarında kamu menfaati doğrutusunda İdarelerce detaylı arazi etüt ve projelendirme faaliyetlerinin yapılmasının zorunlu tutulmamasının sebebi zaten anlaşılabilir. Asıl dikkat edilmesi gereken husus, Kanunun işin özgün nitelikte (daha önce hiç yapılmamış olması) veya teknik veya mali özelliklerinin gerektiği ölçüde belirlenemediği karmaşık projeler hariç, İdarelere tüm inşaat işlerinde ihale

öncesinde arazi etüt görevi de dahil olmak üzere tüm uygulama projelerinin hazırlanmasını şart koşulmuş olması, özellikle ulaştırma projeleri kapsamında ise güzergah değişikliklerinin gerekebileceği öngörülüyorsa bu durumda uygulama projesinin tamamının yapılamayacağı için kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabileceğinin düzenlenmesidir. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 9/1 (b); bu hususta “*Proje zorunluluğu; bina işlerinde uygulama projesi, diğer işlerin uygulama projesi yapılabilen kısımları için uygulama projesi, yapılamayan kısımları için kesin proje; doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan işler ile ihale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemediği durumlarda ise ön ve/veya kesin projenin hazırlanması ve yaklaşık maliyetin söz konusu projelere dayanılarak hesaplanması gerekir*” ifadesine yer vermektedir. YİĞŞ m. 11/3’e göre “*Ön ve/veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılan işlerde, uygulama projesinin idare tarafından hazırlanması veya hazırlatılması esas olup, bunlar, iş programına göre gerekli oldukları zamanlarda, ikişer takım olarak bir yazı ekinde yükleniciye teslim edilir*” denilerek genel bir kural olarak uygulama projelerinin İdare tarafından hazırlatılması esas getirilmiştir. Diğer bir yandan, aynı maddenin 4. fıkrasında ise uygulama projesinin müteahhit tarafından hazırlanmasının da istenebileceği; ancak bu durumlarda projelerin sözleşme ve eklerinde belirtilen şartlara, idare tarafından kendisine verilen ön/kesin projelere, talimatlara, esaslara, fen ve sanat kurallarına uygun olarak iş programını aksatmayacak şekilde hazırlanması ve uygulamada gerekli görülecek tüm ölçüleri ve ayrıntıları kapsamı şartı aranmaktadır. İlave olarak, bu projeler, İdare ya da yapı denetim sorumlusu tarafından kontrol edilip onaylanmaktadır. Bu gibi durumlarda, projelerin ve hesapların hata ve eksiklerinden ve bunların her türlü sonuçlarından müteahhit sorumludur. Projelerin idare tarafından görülmüş ve onaylanmış olması yükleniciyi bu sorumluluktan kurtarmamaktadır¹¹⁴.

YİĞŞ, uygulama projelerinin İdare tarafından yapılmasını zorunlu tutmakla birlikte, uygulamada projelerdeki hata ve eksikliklerden meydana gelecek kusurlarda müteahhite de sorumluluk yüklemektedir. “Projelerin uygulanması” başlıklı 12. maddesinin 1. fıkrasında YİĞŞ, “*Sözleşme konusu işler, idare tarafından yükleniciye*

¹¹⁴ Yapım İşleri Genel Şartnamesi, m. 11/4 (f)

verilen veya yüklenici tarafından hazırlanıp idarece onaylanan uygulama projelerine uygun olarak yapılır”, ifadesine yer vermekle birlikte aynı maddenin 6. fıkrasında “İşlerin devamı sırasında yüklenici, proje uygulaması konusunda kendisine yapılan tebliğin sözleşme hükümlerine aykırı olduğu veya bildirim konusunun fen ve sanat kurallarına uygun olmadığı görüşüne varırsa, bu husustaki karşı görüşlerini 14 üncü madde hükümlerine göre idareye bildirmek zorundadır. Aksi halde aynı maddenin diğer hükümlerine göre işlem yapılır” şartını düzenlemektedir. Bu bağlamda, 14. maddenin 3. fıkrasında “Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yere, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır. Bununla birlikte yüklenici, kendisine verilen projelerin ve/veya şartnamelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alış tarihinden başlayarak on beş gün içinde (özellikli bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, yüklenicinin isteği halinde bu süre idarece artırılabilir) idareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu sürenin aşılması halinde yüklenicinin itiraz hakkı kalmaz. Yüklenicinin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde yüklenici, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur” denilerek, İdare tarafından yapılan uygulama projelerinde dahi müteahhite basiretli bir iş adamı (sorumlu bir meslek adamı) olarak işin projelerinin ve teknik koşullarının fen ve sanat kurallarına uygunluğunu kontrol etme ve varsa eksiklikleri bildirme yükümlülüğü verilmiştir. Bildirmediği takdirde, işin tüm teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılacaktır.

Kanun, ulaştırma projelerinde bile ön proje ile ihaleye çıkılmasına izin vermemiş, mümkün olan tüm arazi ve zemin etüt işlemlerinin yapılmış olduğu, projelerin büyük oranda belirlendiği kesin projelerin hazırlanması şartını getirmektedir. Benzer bir düzenleme Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 9/1 (a)’da şu şekilde yapılmaktadır: “Arazi ve zemin etüdünün yapılması;

uygulama projesi üzerinden anahtar teslimi götürü bedel teklif almak suretiyle ihale edilecek işlerde arazi ve zemin etüt çalışmalarının; ön ve/veya kesin proje üzerinden birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilecek işlerde ise, mümkün olan arazi ve zemin etüt çalışmalarının yapılmış olması zorunludur". Buna göre, doğal afet durumları hariç olmak üzere yapılacak tüm inşaat projelerinde *teknik olarak* yapılabilen tüm arazi ve zemin etütlerinin İdare tarafından önceden yapılması ve müteahhite bu bilgilerin verilmesi gerekmektedir.

6.2. KİK'e Göre Tasarım Yükümlülüğü ile Ücret Esası İlişkisi

KİK m. 62/c'de arazi etüt ve tasarım faaliyetlerinin durumuyla eserin meydana getirilmesi sonunda müteahhite ödenecek ücretin tipi arasında açık bir ilişki kurmaktadır. Buna göre, "*Uygulama projesi bulunan yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale yapılması zorunludur*". Uygulama projelerinin oluşturulabilmesi, sadece proje çizimi olarak değerlendirilmemelidir. Bunun uygulamada gerekli olan tüm arazi ve zemin etütlerinin yapılmasını, bu bağlamda tüm hesaplamaların yapılarak işin nitelik ve niceliğinin en ince detayına kadar belirlenmesini, bu doğrultuda teknik şartnamelerin oluşturulmasını, uygulama projelerinin çizilmesini ve mahal listelerinin hazırlanmasını kapsayacak bir süreçten oluştuğu göz önünde bulundurulmalıdır. KİK, tüm işe ait tüm ayrıntıların iş sahibi tarafından hazırlandığı işlerde anahtar teslimi götürü bedel tipinin kullanılmasını şart koşmaktadır. Yukarıda anılan istisnalar neticesinde ön veya kesin proje ile çıkılan ihalelerde ise, "*bu işlerin uygulama projesi yapılabilen kısımlar için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlarda ise her bir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale yapılabilir*" ifadesine yer verilerek, anahtar teslimi götürü bedel usulünün kullanılamayacağını, bu gibi durumlarda ancak teklif birim fiyat usulünün kullanılabileceğini düzenlemiştir. KİK'in buradaki yaklaşımı FIDIC'in orijinal genel şartlarının tam aksi olduğu için analiz edilmelidir. Yukarıda açıklandığı üzere anahtar teslimi götürü bedel işlerde iş sahibi, ihale sona erip sözleşme imzaladığında mücbir sebepler ya da olağanüstü olaylar hariç eser sonunda ne kadar ücret ödeyeceğini bilebilmektedir. Bu eser ücreti inşaat esnasındaki uygulamalarda miktarın azalması ya da artması üzerine değiştirilemez. Uygulama

projelerinin hazırlanarak müteahhite verildiği durumlarda, müteahhit projeler ve mahal listeleri üzerinden metraj çalışmasını yapabilmekte ve İdarenin kendi oluşturduğu yaklaşık maliyete benzer bir hesap cetveli oluşturabilmektedir. Müteahhit bu gibi işlerde büyük sürprizler beklemeyeceğinden büyük risk katsayıları öngörmeyecek ve en düşük teklifi veren isteklinin kazanacağı ihale yoluyla yapılan bu işi alabilmek için teklif fiyatını mümkün olabildiğince düşük tutmaya çalışacaktır. Sözleşme imzalandıktan sonra da bu fiyat değişmeyecektir. Kamu kurum ve kuruluşları nezdinde proje ödeneğinin alınması ve merkezi yatırım planlarının oluşturulması bu yolla çok daha kolay olabilmektedir. Uygulama projesinin İdare tarafından verilemediği; ve örneğin bir kesin proje ile ihaleye çıkıldığı durumlarda ise KİK, teklif birim fiyat usulünün kullanılmasını şart koşturmaktadır. Tez sahibine göre bunun sebebi, uygulama projelerinin müteahhit tarafından oluşturulacağı bu gibi işlerde müteahhit açısından maliyet ve zaman riski katsayısının yüksek oluşu ve bu işlerin anahtar teslimi götürü bedel usulüyle yapılması durumunda iş bedelinin baştan belirlenmesinden ötürü isteklilerin teklif fiyatlarını yükseltecekleri ve dolayısıyla tüm bu risklerin İdarece daha pahalı olarak satın alınması ile sonuçlanacağıdır. Diğer bir yandan, kesin projeler üzerinden yapılacak teklif birim fiyatlı işlerde, istekliler miktar riskinin İdare’de olduğunu bilecekler, bu bağlamda risk katsayıları düşecek ve ihaleyi kazanabilmek için birim fiyatlarını mümkün olabildiğince düşürme yolunu tercih edeceklerdir.

6.3. FIDIC Sarı Kitapta Genel Yükümlülükler, İş Kapsamı ve Tasarım Yükümlülüğü

FIDIC standart şartnamelerinde ise bu durumun tam aksi görülmektedir. Yukarıda m. 4.2.2’de anıldığı üzere, tasarımın iş sahibi tarafından yapıldığı FIDIC Kırmızı Kitap, teklif birim fiyatlı ücret usulünü benimsemekte; ancak tasarımın müteahhit tarafından yapıldığı ve risk unsurlarının çok olduğu işlerde kullanılan FIDIC Sarı Kitap götürü bedel, tasarımın müteahhit tarafından yapıldığı ve risk unsurlarının az olduğu işlerde kullanılacak FIDIC Gümüş Kitap anahtar teslimi götürü bedel ücret usulünü benimsemektedir. Bu bağlamda, IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde en çok kullanılan götürü bedel sözleşme tipini haiz FIDIC Sarı Kitapta

yer alan tasarım sorumluluğu ile ücretlendirmenin götürü bedelli iş kapsamının, tarafların genel yükümlülüklerini de içerecek şekilde daha detaylı olarak incelenmesi ve analizi gerekmektedir.

FIDIC Sarı Kitaba göre yapılan inşaat sözleşmelerinde iş sahibi, uygulama projesi vermemektedir. Sarı Kitabın en önemli özelliği tasarımın müteahhit tarafından yapıldığı işlerde kullanılıyor olmasıdır. Bununla birlikte, bu hüküm iş sahibinin tasarıma yönelik hiçbir sorumluluğu bulunmadığı anlamına gelmez. Sarı Kitap m. 4.10 uyarınca iş sahibinin çevresel koşullar da dahil olmak üzere işyerinin hidrolojik ve zemin altı özellikleri hakkında *elinde bulunan* bütün ilgili belgeleri müteahhitin bilgi edinmesi için hazırlaması ve teslim etmesi gerekmektedir. FIDIC, bu madde uyarınca, iş sahibine KİK'te olduğu gibi arazi ve zemin etüdü yapma sorumluluğu yüklememekte, ancak iş sahibini elinde bulunan bilgileri sağlamakla zorunlu tutmaktadır. Bu bilgileri doğrulamak ve yorumlamak müteahhitin sorumluluğuna bırakılmıştır. FIDIC, kamu finansmanı ile özel sektörde yapılan kamu yatırımlarına özel olarak çıkarılan bir doküman değildir. Bu bağlamda FIDIC'teki "işveren" in de işin tekniğinden anlaması gerekmemektedir. İnşa eserini meydana getirecek bilgi ve tekniğe sahip, bu konuda tecrübeli taraf müteahhittir. Dolayısıyla iş sahibi, elinde bulundurduğu bilgileri vermekle yetinecek; ancak müteahhit işin uzmanı olarak bu bilgileri doğrulayacak ve yorumlayacaktır. FIDIC Sarı Kitap şartnamesine göre, müteahhitin sözleşmenin kurulmasından önce maliyet ve zaman unsurları yönünden gerçekleştirebildiği kadarıyla iş ile ilgili teklifini etkileyebilecek riskler, beklenmeyen durumlar ve diğer şartlara ilişkin olarak gerekli tüm belgeleri; iş yerini, çevresini, iş sahibinden aldığı verileri ve mevcut diğer verileri inceleyip elde ettiği varsayılır. Müteahhit projelendirme faaliyetlerinde bulunurken bu bilgilerden faydalanacaktır.

"Müteahhitin Genel Yükümlülükleri" başlıklı m. 4.1'e göre, müteahhitin işleri sözleşmeye uygun olarak tasarlama, gerçekleştirme ve bitirme ile işlerde meydana gelebilecek tüm kusurları giderme sorumluluğu bulunmaktadır. Bu maddede ayrıca tez sahibinin tecrübelerine göre en çok ihtilaf çıkmaya müsait şartlardan biri de yer almaktadır: İşler bitirildiğinde söz konusu işlerin sözleşmede

tanımlanmış olan *amaçlarına uygun olacaktır*. İşler ise; İşverenin Şartlarını, müteahhitin öneri ve isteklerini yerine getirmek için veya sözleşmede *dolaylı olarak* belirtilen tüm işleri ve (sözleşmede belirtilmemesine rağmen) işlerin *kararlılığı* veya *bitirilmesi* ya da *güvenli ve doğru biçimde işlemesi* için gereken tüm işleri kapsamaktadır. Geniş bir yorumlamaya tabi tutulduğunda bu şartlar, eserin meydana getirilmesi için gereken *tüm* şartlar olabilir. Bu sebepten ötürü bu husus, uygulamada en çok anlaşmazlığın çıktığı husustur. Tezin 4.1.9 maddesinde de belirtildiği üzere Genel İdari Şartname, İşverenin Şartlarından, her türlü projeden ve hesap cetvelinden daha önce gelen bir dokümandır. Diğer bir ifadeyle, bu ciltler arasında çelişki mevcutsa, Genel İdari Şartname hükümleri uygulanmaktadır. Genel İdari Şartnamede yer alan bu geniş tasavvur, İdarelerce hazırlanan İşverenin Şartlarında yer almamasına rağmen eserin fen ve sanat kurallarına uygun olarak meydana getirilmesi için gerekli her şeyin müteahhitin sorumluluğunda ve götürü bedel kapsamında olduğu sonucunu doğurmakta, müteahhit bunu reddetmekte ve anlaşmazlık doğmaktadır.

Ancak durum böyle değildir. FIDIC m. 5.1 uyarınca, İşverenin Şartları her ne kadar iş sahibi tarafından yazılmış da olsa, müteahhitin iş başlangıcıyla birlikte sözleşmede belirlenen bir süre içinde İşverenin Şartlarını (ve varsa, tasarım ölçütleri ve hesaplamaları da dahil olmak üzere) dikkatle inceleme ve kusur bulması durumunda mühendis müşavire bildirme yükümlülüğü vardır, bu doğrudur; ancak FIDIC, bu tür yükümlülüklerde “deneyimli bir müteahhit” kavramına göndermede bulunmaktadır. Bu kavramın ne ifade ettiği tanımlanmamakla birlikte, YİĞŞ’de yer alan “sorumlu bir meslek adamı” kavramıyla aynı anlama geldiği düşünülebilir. Buna göre, FIDIC çerçevesinde sözleşme bedelinde artış yapma ya da süre uzatımı verme gibi konularda, artışa konu olan hususun “deneyimli bir müteahhitin önceden öngörebileceği” bir durum olup olmadığına bakılmaktadır. Nitekim FIDIC m. 5.1’de bu husus şu şekilde açıklanmıştır: “*Gerekli özeni gösteren, deneyimli bir müteahhit, ihale belgelerinin sunulması öncesinde, şantiye ve işveren şartlarının incelenmesi sırasında bir yanlışlık, hata veya başka kusurlar, bulursa: bunların fark edilme derecesine bağlı olarak (süre ve zaman göz önüne alınarak), bitirme süresi uzatılmayacak ve sözleşme bedelinde ayarlama yapılmayacaktır*”. İşverenin Şartlarında deneyimli bir müteahhit tarafından bu bağlamda yapılan incelemelerinde

belirlenemeyecek kusurlardan ötürü iş maliyetinin artması ya da sürenin uzaması durumunda, m. 1.9 uyarınca müteahhitin ilave iş bedeli ve süre uzatımına hakkı doğmaktadır¹¹⁵. Artışa konu olan hususun, müteahhitin “sorumlu bir meslek adamı” kıstasında öngörebilip öngöremeyeceği ayrımı, müşavir mühendis tarafından karara bağlanmaktadır. Benzer bir şekilde, “Önceden Saptanamayan Fiziksel Şartlar” başlıklı 4.12 maddesinde, müteahhitin önceden tahmin edilmeyen nitelikte olduğuna inandığı fiziksel şartlarla karşılaştığında, mümkün olan en erken zamanda müşavir mühendise bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu maddede yer alan “fiziksel şartlar”, iklim şartları hariç olmak üzere, hidrolojik şartlar da dahil müteahhitin işi yaparken iş yerinde karşılaştığı doğal fiziksel şartlarla, insanlardan kaynaklanan ve diğer engeller ve çevre kirleticiler anlamına gelmektedir. Yine bu madde hükümleri gereği müteahhit sözü edilen önceden tahmin edilmeyen fiziksel şartlarla karşılaşmış; bu konuda gerekli bildirimde bulunmuş ve bu şartlardan dolayı işte gecikmiş ve/veya ek masraf yapmak durumunda kalmışsa, mühendis müşavir ve müteahhitin karşılaştığı bu fiziki şartların öngörülemez olmaları niteliğini onaylamışsa, müteahhit süre uzatımına ve masraflarını tazmin etmeye hak sahibi olmaktadır¹¹⁶. Deneyimli bir müteahhitin dahi makul ölçüler içinde almasının beklenemeyeceği, önceden kestirilemez nitelikteki doğa olaylarının etkileri de FIDIC 17.3 maddesine göre iş sahibinin riskleri arasında sayılmaktadır.

Bu çerçevede ele alındığında, tezin 4.2.2 maddesinde verildiği üzere, tasarımın müteahhit tarafından yapıldığı, öngörülemez nitelikteki risklerin büyük olduğu işlerde *hiçbir şekilde değiştirilemeyen* anahtar teslimi niteliğindeki Gümüş Kitabın değil; öngörülemeyen işlerin sorumluluğunu iş sahibine yükleyen Sarı Kitabın kullanılması anlaşılabilir. Buna rağmen, FIDIC Sarı Kitaba göre yapılan işlerde YİĞŞ’le karşılaştırıldığında aşağıdaki sebeplerden ötürü işin sonunda ortalamada daha yüksek bir iş bedeli ortaya çıkmaktadır:

- Her ne kadar tezin 4.1.8 maddesinde değinildiği üzere KİK m. 21’de öngörülemeyen koşullar sebebiyle ilave süre ve maliyet artışlarının İdare’nin riskinde olduğu düzenlenmiş olsa da, KİK, deneyimli bir müteahhitin

¹¹⁵ FIDIC Tesis ve Tasarla-Yap Modeli İnşaat İşleri İdari Şartnamesi, FIDIC, 1999

¹¹⁶ FIDIC, The FIDIC Contracts Guide, 2000

öngöremeyeceği niteliğini en çok barındıran arazi ve zemin etütlerinin İdare tarafından yapılmasını zorunlu tutmakta ve bu çerçevede anahtar teslimi götürü bedel usulünü öngörmektedir. KİK'e göre yapılan işlerde iş sahibi İdare, zemin şartlarını bilmekte, bunlara yönelik tasarımları geliştirmekte ve maliyet hesabına dahil etmektedir. FIDIC Sarı Kitapta ise, iş sahibine arazi ve zemin etütlerinin yapılması zorunluluğu getirilmemekte, hatta iş sahibinde bu bilgilerin olmadığı durumlarda bu etütlerin müteahhit tarafından yapılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla m. 4.10 nezdinde elinde bulundurduğu hiçbir çalışma olmayabilmektedir. Bu kapsamda, inşaat çalışmaları sırasında müteahhitin karşılaşacağı zorlu zemin şartları bölgenin jeolojik yapısına yönelik genel bir bilgi dışında müteahhit açısından öngörülemez noktada olmaktadır. FIDIC, İşveren Şartlarını sağlamak adına her türlü işin müteahhit tarafından götürü bedel kapsamında yapılacağını söylemekle birlikte, öngörülemez nitelikteki bu sonuçlara yönelik yapmış olduğu ilave masrafların da iş sahibi tarafından ödenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

- FIDIC Sarı Kitaba göre çıkılan ihalelerde müteahhitlere ihale zamanında verilen bir uygulama projesi ve mahal listesi olmadığından götürü müteahhitler hazırladıkları ön projeler ve/veya taslak projeleri kullanarak maliyet tahminlerini yapmakta, götürü bedelli bu işte bilinmezliklerden götürü de güvenli tarafta kalmak için yüksek teklif vermektedirler.
- Uygulama projeleri ile mahal listelerinin iş sahibi tarafından oluşturulduğu KİK ihalelerinde, işin kapsamı bu belgeler nezdinde ortaya konulmaktadır. Herhangi bir anlaşmazlık durumunda anlaşmazlıklar çok daha kolaylıkla çözülebilmektedir. İlave olarak, İdareler, yaklaşık maliyet hesabında bu belgelerden ve birim fiyat kitaplarından faydalanarak oldukça tutarlı sonuçlara ulaşabilmektedirler. Diğer bir yandan, uygulama projelerinin ve mahal listelerinin hazırlanmadığı FIDIC işlerinde iş sahipleri İşverenin Şartları adlı gereksinim belgesini hazırlamakla mükelleftirler. İşverenin Şartları, FIDIC m. 1.1.1.5 uyarınca şu şekilde tanımlanmıştır: *“Sözleşme içerisinde yer aldığı biçimiyle, işveren şartları başlıklı belge ve bu tür bir belge üzerinde Sözleşmeye uygun olarak yapılan tüm ekleme veya değişiklikler anlamına gelmektedir. Bu belge, işlerin amacını, kapsamını*

ve/veya tasarımı ve/veya diğer teknik kriterleri belirler". İşverenin Şartları belgesinde uygulama projeleri bulunmayacak ama iş tarif edilecektir. Bu tarif, inşaat işlerinde kapsamı belirlemektedir. FIDIC m. 4.1'de yer alan geniş ifadenin İşverenin Şartlarında tarif edilen (sözleşme kapsamındaki) işler için kullanılabilmesi açıktır¹¹⁷. İdarelerce iş kapsamının net belirlenmemesi sonucunda da TBK m. 23'de yer alan "*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır*" ilkesi gereği İdarenin aleyhine olarak muvazaalı iş kaleminin iş kapsamı dışında değerlendirilmesi gerekecektir. Bu durumda da bu ilave işlerden ötürü müteahhite ayrıca bedel ödenecektir.

Bu sebeplerden ötürü, tez sahibi tarafından, KİK'teki uygulamanın kamu yatırımlarında daha uygun olduğunu düşünülmektedir. Bu bağlamda, IPA fonlarıyla finanse edilen inşaat projelerinde de KİK'te olduğu gibi İdarelerce arazi ve zemin etütlerinin yapılabildiği ölçüde yapılması ve mümkünse uygulama projelerinin, değilse kesin projelerin hazırlanarak ihaleye çıkılması önerilmektedir. Bu sebeple inşaat projelerinde FIDIC Kırmızı Kitabın kullanılması daha doğru olacaktır. Diğer bir yandan, işin özgün nitelikte olduğu projelerde, işin uzmanı olan isteklilerin ihaleyi kazanmak için en ekonomik tasarım çözümünü bulmaları gereken (endüstriyel tesis gibi) anahtar teslimi işlerde ya da işin karmaşıklığı sebebiyle teknik veya mali özelliklerinin İdare tarafından gerekli netlikte belirlenemediği projelerde FIDIC Sarı Kitabın kullanılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir.

6.4. Götürü Bedelli İşlerde Hakediş Tutarı

İnşaat sözleşmelerinin büyüklüğü dolayısıyla eser bedelinin iş sahibi tarafından ödenmesi için eserin müteahhit tarafından tamamen meydana getirilmesi beklenmez. Çünkü müteahhit, eserin inşası sırasında büyük kaynaklar kullanacak,

¹¹⁷ FIDIC, The FIDIC Contracts Guide, 2000

malzeme satın alacak, ekipman getirecek, işçi çalıştıracak, nakliye masraflarına katlanacak, harç ödeyecek, vb nakit akışını zora sokabilecek masrafa katlanacaktır. Bu sebeple, avans ödemesi öngörülen işlerde avans, aksi belirtilmediği takdirde aylık olarak geçici hakediş ödemeleri, iş sonunda ise kesin hakediş ödemesi olmak üzere müteahhite iş sahibi tarafından inşaatın farklı safhalarında ödeme yapılmaktadır. Avans ödemesi hariç olmak üzere, bütün hakediş ödemeleri, eserin belirli bir kısmı ya da yüzdesi tamamlandıktan sonra ödenmektedir. Başka bir ifadeyle, müteahhit önce işi yapmaktadır, daha sonra iş uygun bulunursa ödeme yapılmaktadır.

FIDIC Sarı Kitaba göre yapılan götürü bedelli inşaat işlerinde genel şartlar m. 14.1 (a)'da “*sözleşme bedeli, kabul edilmiş sözleşme tutarı (götürü bedel) olacak ve sözleşmeye uygun ayarlamalara tabi olacaktır*” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, götürü bedelli işlerde iş sahibinin eserin meydana getirilmesi karşılığında ödemeye mükellef olduğu ücret işin başından belirlenmiştir. Götürü bedelli işlerde, ödenmesi gereken tutarın teklif birim fiyatlı işlerde olduğu gibi gerçekte yapılan imalatın metrajının ölçülmesi ve bunun anlaşılabilir birim fiyatlarla çarpılması sonucunda hesaplanması yanlış sonuç doğuracaktır. Bu sebeple, götürü bedelli inşaat işlerinde ödemeler, ihale dokümanlarında yazılı yüzdeler üzerinden sözleşmesinde veya eklerinde yer alan esaslara göre ödenmektedir. Bu uygulamaya göre, proje değişikliği veya ilave iş olmadığı sürece, 4. Cilt olan hesap cetvelinde yer alan bir iş kalemi ya da iş grubunun, toplam sözleşme fiyatına göre yüzdesiyle, o iş kalemi ya da iş grubunun kendi içindeki yüzde ilerlemesi çarpılarak ödenmesi gereken bedelin toplam iş bedeline göre porsantajı hesaplanmakta ve bu porsantaj oranı dikkate alınarak ödeme yapılmaktadır.

FIDIC Sarı Kitaba göre ara hak edişlerin düzenlenmesi ve ödenmesinde izlenecek yol sırasıyla şu şekildedir:

- FIDIC m. 14.3'e göre aksi belirtilmediği takdirde her ay sonunda müteahhit, o ay sonuna kadar yapılan toplam imalat (kümülatif olarak) ve ihzarat bedeline ilişkin, kendine göre hak kazandığını düşündüğü tutarı ilerleme raporunu da içeren destekleyici/kanıtlayıcı doküman (*supporting documents*)

ve ekleriyle birlikte (YİGŞ m. 39(c)'de bu destekleyici belgelere “yeşil defter” adı verilmektedir) hazırlayarak müşavir mühendise hakediş raporu olarak sunmaktadır. Hakediş raporunda sırasıyla şu kalemler yer almalıdır:

- O tarihe kadar yapılmış olan yapılmış işlerin (değişiklikler de dahil) tahmini sözleşme bedelleri (m. 14.4 uyarınca sözleşmede ödemeler çizelgesi yer alıyorsa, mühendisin kararları uyarınca verilecek bedeli)
 - m. 13.7 ve m. 13.8 gereği yasalardaki değişiklikler ile maliyetlerdeki değişikliklerden ötürü sözleşme bedeline yapılan ayarlamalar. Bu ayarlamaların bir üst bentte belirtilen kümülatif olarak belirlenen iş bedellerine göre hesaplanması gerekmektedir.
 - Teklif ekinde belirtilen nakit teminat kesintisi oranlarının yukarıdaki maddelerin toplam tutarına uygulanması ile kesilecek tutar. Bu tutarın da kümülatif bedeller üzerinden hesaplanması gerekmektedir.
 - m. 14.2 uyarınca verilecek avans ödemesi ve bunların geri ödemesi dolayısıyla ilave edilecek ve kesilecek tutar. Avans geri ödemelerinde kümülatif tutar üzerinden hesaplama yapılması gerekmektedir.
 - m. 14.5 uyarınca ihzarat ile ilgili olarak ilave edilecek ve indirilecek tutar. Bu tutar hesaplanırken, ilgili ay sonu itibarıyla şantiyede stok sahasında yer alan, kalitesi onaylanmış, imalata konu olabilecek malzemelerin toplam bedelleri hesaplanmalıdır. Bu hiyerarşik sıradan ötürü ihzarat ödemelerinde fiyat farkı uygulanmamaktadır.
 - m. 20 uyarınca iddialar, talepler, uyuşmazlıklar ve tahkim de dahil olmak üzere sözleşmede yer alan bir düzenlemeden ya da başka bir nedenden ötürü eklenmesi ya da çıkarılması gereken tutar
 - Tüm diğer eski hakedişlerde belirtilen miktarların kesilmesi.¹¹⁸
- FIDIC m. 14.6 uyarınca mühendis müşavir, müteahhitten aldığı hakediş raporunu ve bu raporunun destekleyici dokümanlarını aldıktan sonraki 28 gün içinde, iş sahibine geçici hakediş belgesini sunmaktadır. Bu belgede, müşavir mühendisin adil bir şekilde saptadığı ödenmesi gerekli tutar ve bu tutarı destekleyen bilgi ve açıklamalar (supporting particulars) bulunmaktadır. FIDIC, bu maddede, destekleyici doküman ile destekleyici bilgi ayırımına

¹¹⁸ Örnek bir hakediş kapağı Ek-4'te yer almaktadır.

gitmektedir. Müteahhit, müşavir mühendisi destekleyici dokümanlarını sunmak zorunda iken, müşavir mühendis ödeme yapması üzere i sahibine gönderdiği geçici hakediş belgesinin ekinde destekleyici bilgi göndermekle yetinmektedir.

- Geçici hakediş belgesi i sahibine geldikten sonra, i sahibi, geçici hakediş raporunun destekleyici dokümanlarıyla birlikte mühendis mavire verilmesinden balayarak 56 günlük süre içinde ödemek zorundadır. Diğer bir ifadeyle, müşavir mühendis, geçici hakediş belgesi düzenlemesi için kendisine tanınan 28 günlük sürenin tamamını kullanırsa, i sahibine ödeme yapması için 28 gün kalmaktadır. PRAG mevzuatında, İdarelere deme yapılması için 45 günlük süre tanınmaktadır. FIDIC'in müşavir mühendise verdiği 28 günlük sürenin azaltılması yoluna gidilmemi, $28+45=73$ günlük toplam süre bulunmuş; bu süre de 7'nin katı olacak şekilde 77 gün olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, IPA fonlarıyla finanse edilen inşaat sözleşmelerinde, ödemenin yapılması için son tarih, müteahhitin hakediş raporunu müşavir mühendise verdiği günden itibaren 77 gün sonrası olmaktadır. Diğer bir yandan, tez sahibine göre bu süre gereğinden fazla uzundur. İnşaat ilerinde müteahhitlerin en çok önem verdiği hususların başında nakit akışı yer almaktadır. Uygulamada, müteahhitler İdare'den ödeme almadıkça, alt müteahhitleri ile tedarikçilerine ödeme yapmamakta, alt müteahhitler ve tedarikçiler kendi taeronları ile tedarikçilerine ödeme yapmamakta, bu kişiler de çalışanlarına ödeme yapmamaktadır. Bu bakımdan, İdareler bu büyük arkta tabiri caizse musluğun baını tutmaktadırlar. İnşaat sözleşmesinden ötürü birçok kişi ve bu kişilerin ailesi para beklentisi içindedir. Bu açıdan, İdarelerin hakediş ödemelerini kontrol ve doğrulama denetimlerinden sonra derhal yapmaları bir sözleşme kuralı değilse bile bir vicdani yükümlülüktür.

Yukarıda FIDIC'in geçici hakediş belgelerinin hazırlanması ve ödenmesine yönelik oluşturduğu genel şablon ana hatlarıyla anlatılmaya çalışılmıştır. Ayrıntı bilgi için FIDIC Sarı Kitabın "Sözleşme Bedeli ve demeler" başlıklı 14. maddesi ve

bu maddenin alt-maddeleri tetkik edilebilir. Yukarıdaki bilgiler ışığında bu tezde değinilmesi gereken önemli hususlar bulunmaktadır.

Öncelikle, ödemeler çizelgesi bulunmadığı durumlarda (IPA fonlarıyla finanse edilen projelerde genellikle bulunmamaktadır), iş bedellerinin nasıl belirlenmesi gerektiği tartışılmalıdır. İş bedellerinin, teklif birim fiyatlı işlerde olduğu gibi ilgili iş kaleminin gerçekte yapılan metrajıyla birim fiyatının çarpılarak bulunmasının yanlış sonuca götüreceği; bu sebeple de porsantaj oranlarının kullanılması gerektiği yukarıda açıklanmıştı. Porsantaj oranlarının belirlenmesi hususunda sağlam bir yaklaşım getirilmediği sürece kesin hakedişe kadar yapılan bütün geçici hakediş ödemelerinin muvazaalı olması söz konusu olacaktır. Porsantaj oranı ifadesi, yüzdelik bir ilerlemeyi ifade etmek için kullanılmaktadır. En basit haliyle, bir iş kaleminde kümülatif olarak yapılan imalat miktarının, iş kaleminin toplam imalat miktarına oranını ifade eder. Bu açıdan bir fiziki ilerleme göstergesidir. Bu porsantaj oranının doğru hesaplanabilmesi için;

1. O iş kalemine ait toplam miktarın bilinmesi,
2. Müteahhit tarafından yapılan miktarının bilinmesi

gerekmektedir. Bunun yapılabilmesi için teklif birim fiyatlı işlerde yapılan ölçümlerde olduğu gibi götürü bedelli işlerde de benzer metraj ölçümleri yapılmalıdır. Bu metraj ölçümlerinde, müteahhitin yaptığı kısmın miktarı belirlenecek; ancak bu miktarın birim fiyatıyla çarpılarak ödemesinin yapılmasının yerine, yapılan bu imalat miktarı, projelerden hesaplanan toplam miktara bölünerek o iş kaleminin porsantaj oranı bulunacaktır. Teklif birim fiyatlı işlerden farklı olarak, müşavir mühendisin toplam iş miktarını sürekli olarak güncellemesi gerekmektedir. Diğer bir yandan, boru hattı projeleri, karayolu ya da demiryolu yapım projeleri gibi lineer ilerleyen projelerde porsantaj hesabı çok daha kolay yapılabilir. Bu tarz projelerde, toplam iş bedeli porsantajlara ayrılırken uzunluk bazında kesimlere ayrıştırılarak iş grupları (A noktasından B noktasına kadar olan mesafe 1. İş grubu, B noktasından C noktasına kadar olan mesafe 2. İş grubu) oluşturulabilir. İhale sırasında hesap cetvelinde bu şekilde tanımlama yapılarak bu iş grupları için ayrı porsantaj oranları teklifi alınabilir. Dolayısıyla bir iş grubunda kazı, dolgu, alt-

temel oluşturma, asfalt dökme vs iş kalemleri olsa dahi, o iş grubu için fiziki pursantaj ilerlemesi, herhangi bir kübaj, m3 veya m2 hesabına girmeden o iş grubundaki uzunluk bazında ilerlemeyi, iş grubunun toplam uzunluğuna bölmek suretiyle hesaplanabilmektedir.

Diğer bir yandan, FIDIC'e göre yapılan götürü bedel inşaat işlerinin ihalelerinde istekliler, İşverenin Şartları ile ön/kesin projeler nezdinde işlerin tamamı için toptan bir bedel belirlemektedirler. Dolayısıyla, teklif birim fiyatlı işlerde olduğu gibi her bir iş kalemine ayrı fiyat teklifi verilmemektedir. Bununla birlikte, hakediş ödemelerinde kullanılmak üzere, iş gruplarının toptan hesaplanan iş bedeline göre fiyat yönünden pursantaj oranları olmaktadır. Bu pursantaj oranları hesap cetvelinde belirlenebilmekle birlikte, sözleşmenin başlangıcından sonra müteahhit tarafından oluşturulacak ve mühendis müşavir tarafından onaylanacak dökümlerde de gösterilebilmektedir. Bu bakımdan da pursantaj oranları mali niteliktedir. Yukarıda anlatıldığı Şekilde bir iş kalemi için hesaplanan (fiziki açıdan) pursantaj oranının, bu paragrafta anlatıldığı üzere o iş kaleminin toplam iş bedeline göre finansal açıdan pursantaj oranıyla çarpımı, o hakediş dönemi sonu itibariyle müteahhitin *kümülatif* olarak o iş kalemi için alması gereken bedeli gösterecektir.

Kümülatif hesap yöntemi, FIDIC'te de KİK'te olduğu gibi izlenmesi gereken bir hesap yöntemidir. Kümülatif hesap yönteminin kullanılması, herhangi bir geçici hakedişte hata yapılması durumunda bir sonraki hakedişte o hatanın kendiliğinden düzelebilmesine yol açmaktadır. Kümülatif hesap yönteminde yukarıda anlatıldığı Şekilde, işin başından geçici hakediş dönemi sonuna kadar olan tüm imalat oranları hesaplanmaktadır. Bu imalat miktarı, götürü bedel sözleşmelerde *kümülatif pursantaj oranı*, teklif birim fiyatlı işlerde *kümülatif olarak yapılan miktardır*. Bir ayın sonundaki toplam kümülatif imalat, bir sonraki ay için *geçmiş kümülatif imalat* olacaktır. Dolayısıyla, müteahhitin geçici hakediş döneminde yapmış olduğu imalattan ötürü muaccel olan borç, o ay içinde yaptığı işlerin miktarının sayılması ya da hesaplanmasıyla değil, o ay sonu itibariyle toplam kümülatif imalattan, bir önceki aydaki toplam kümülatif imalat çıkarılarak hesaplanmaktadır. Bu sebepten ötürü

FIDIC m. 14.3'ün son maddesinde “*diğer eski hakedişlerde belirtilen miktarların kesilmesi*” yer almaktadır.

İkinci olarak, orijinal FIDIC metninde müteahhit tarafından müşavir mühendise sunulan hakediş raporlarının destekleyici dokümanlarının değil, hakediş belgesini destekler mahiyetteki bilgilerin iş sahibine verilmesi hususunun analiz edilmesi gerekmektedir. Bu fark, tez sahibine göre, FIDIC standart şartnamelerinde yer aldığı şekilde müşavir mühendise verilen büyük önem ve sorumluluktan kaynaklanmaktadır. FIDIC’e göre hakediş belgeleri müşavir mühendisin adil olarak vereceği bir karar niteliğindedir ve iş sahibi tarafından bu belge resen değiştirilememektedir. Diğer bir yandan, kamu yatırımlarında iş sahibi özel bir kişi değil, kamu kaynaklarının doğru harcanmasından sorumlu kamu kurum ve kuruluşlarıdır. IPA mevzuatında bu kurum ve kuruluşlar Program Otoritesi İdarelerdir. Türk Hukukunda özellikle 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu¹¹⁹ uyarınca (m. 33 “*Bütçelerden bir giderin yapılabilmesi için iş, mal veya hizmetin belirlenmiş usul ve esaslara uygun olarak alındığının veya gerçekleştirildiğinin, görevlendirilmiş kişi veya komisyonlarca onaylanması ve gerçekleştirme belgelerinin düzenlenmiş olması gerekir*”) İdarelere ödeme öncesi kontrol yapma görevi yüklenmiştir. Buna göre, İdarelerin ödemelerin doğruluğundan sorumlu olduğu anlaşılabilir. Bu sebeple, YİGŞ m. 39/4-3(d) de “*Hazırlanan ve iki tarafça imzalanmış bulunan geçici hakediş raporu, tahakkuk işlemi yapılmaya kadar, yetkili makamlar tarafından düzeltilebilir. Bu düzeltme sırasında eski rakam ve yazıların okunabilir şekilde çizilmiş olarak hakediş raporunda bulunması ve düzeltme yapan yetkililerin imzasını taşıması gereklidir. Ancak bu düzeltmeler yeniden sayfa düzenlemeyi gerektirecek ölçüde fazla ise, esas sayfa üzerinde düzeltmenin yapıldığına ilişkin açıklama bulunmak şartı ile, yeniden ayrı bir sayfa düzenlenip hakediş raporuna eklenir*” ifadesine yer verilerek kamu İdarelerinin hakediş üzerinde resen işlem yapma hakları saklı tutulmuştur. YİGŞ, yapı denetim sorumlusunu İdarelere yardımcı mahiyette, sahadaki teknik ve fiziki kontrolden sorumlu kontrol mühendisi olarak düzenlemektedir.

¹¹⁹ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 25326, 24 Aralık 2003

Bu kapsamda, IPA finansmanı ile yapılan sözleşmelerde de İdarelerin anılan Kanun nezdindeki sorumluluklarından ötürü hakediş belgelerini müşavir mühendisten alırken yalnızca destekleyici bilgilerini değil, destekleyici dokümanların tamamını talep etmeleri ve bunu yapabildikleri ölçüde kontrol etmeleri ve/veya kontrol ettirmeleri önerilir. Hakedişlerde hataya rastlandığında ise hakediş belgesini müşavir mühendise geri göndermeli ve değiştirilmesini talep etmelidir.

6.5. Sözleşmede Bulunmayan İşlerin Fiyatının Tespiti

Sözleşme kapsamında yapılacak proje değişiklikleri, ilave işler ve iş eksilişleri sonucunda sözleşmenin başlangıçtaki kapsamı değişebilmektedir. FIDIC idari şartnameleri, değişiklikler konusunda maliyet ya da zaman etkileri yönünden herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Bu gibi sınırlama ve kurallar, tezin 4.1.8 maddesinde ele alındığı üzere PRAG kamu satın alma kuralları vasıtasıyla yapılmıştır. İdarelerin her hal ve şartta değişikliklerde bu şartlara uyması zorunludur.

KİK ihalelerinde İdarelerin genel bir şart olarak uygulama projelerini hazırlamaları suretiyle ihaleye çıkabileceklerine tezin 6.1 maddesinde değinilmişti. Uygulama projelerinin sadece bir tasarım faaliyeti sonucunda değil; arazi ve zemin etütlerinin yapılması, ön proje ve kesin proje yapılması, yapı elemanlarının ve teknik özelliklerinin belirlenmesi, bu bağlamda teknik şartnamelerin oluşturulması gibi işleri içeren kapsamlı bir sürecin sonunda olabildiğine de aynı maddede değinilmişti. Böylesine yoğun bir çaba ve dikkat gerektiren işlerde bile, projelerin hatalı veya eksik olması mümkün olabilmektedir. KİK ihalelerinde kesin proje ile ihaleye de çıkmış olsa, uygulama projelerinin İdare tarafından yapıldığını ve müteahhitin bu projelere uymak zorunda olduğunu da dikkate alarak; YİĞŞ, 12. maddenin 4. fıkrasında *“İdare, sözleşme konusu işlerle ilgili proje v.b. teknik belgelerde, değişiklik yapılmaksızın işin tamamlanmasının fiilen imkansız olduğu hallerde, işin sözleşmede belirtilen niteliğine uygun bir şekilde tamamlanmasını sağlayacak şekilde gerekli değişiklikleri yapmaya yetkilidir. Yüklenici, işlerin devamı sırasında gerekli görülecek bu değişikliklere uygun olarak işe devam etmek zorundadır. Proje*

değişiklikleri, ilk projeye göre hazırlanmış malzemenin terk edilmesini veya değiştirilmesini veya başka yerde kullanılmasını gerektirirse, bu yüzden doğacak fazla işçilik ve giderleri idare yükleniciye öder. Proje değişiklikleri işin süresini etkileyecek nitelikte ise yüklenicinin bu husustaki süre talebi de idare tarafından dikkate alınır” şeklinde getirilen düzenlemeyle işin proje ve teknik belgelerde gösterildiği haliyle yapılması durumunda fiilen tamamlanmasının imkânsız olabileceği durumlarda proje değişikliği yapılmasına icazet verilmektedir. İlave olarak, tezin 4.1.8 maddesinde değinildiği üzere YİGŞ m. 21, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olabileceğini, dolayısıyla başlangıçtaki kapsamda yer almayan bir işin sonradan sözleşmeye dâhil edilebileceğini belirli usul ve esasen koşullar getirerek öngörmekte ve düzenleme yapmaktadır.

FIDIC sözleşmelerinde ise “Değişiklikler ve Düzenlemeler” başlıklı 13. maddesinin 13.1 alt maddesinde iş değişikliklerine yönelik olarak “*değişiklikler, işlere yönelik teslim alma sertifikası verilmeden önce herhangi bir zamanda, Mühendisin Müteahhite bir talimat vermesiyle ya da Müteahhitten bir teklif sunmasını istemesiyle başlatılabilir”* denilmekte ve müteahhitin iş değişikliğinin işlerin uygunluğunu olumsuz etkileyeceğine yönelik bir bildirim destekleyici dokümanlarıyla birlikte mühendise derhal sunmadı sürece değişikliği uygulamak zorunda olduğunu belirtmektedir. Bu maddeye göre, iş değişiklikleri müşavir mühendisin bir talimatıyla verilebilmektedir. İdare, YİGŞ’de olduğu gibi doğrudan iş değişikliği emri verememektedir. Bu açıdan, İdarenin değişiklik talebini müşavir mühendise iletmesi, müşavir mühendisin de bu doğrultuda işlem yapması gerekmektedir.

İlave olarak FIDIC 13.2 alt maddesinde yer aldığı üzere, iş değişiklik önerileri müteahhit tarafından da verilebilmektedir. “Değer Mühendisliği” da denilen bu hususa göre, müteahhit herhangi bir zamanda bitirmeyi hızlandıracak, işlerin gerçekleşmesinin, bakımının ve işletilmesinin maliyetini azaltacak, bitirilmiş işlerin iş sahibi açısından verimliliğini ve değerini artıracak veya iş sahibine başka şekilde yarar sağlayacak bir öneri getirebilmektedir. İş değişiklik talebi ister iş sahibi isterse

de müteahhit tarafından gelsin, “Değişirme İşlemleri” başlıklı 13.3 alt maddesi hükümleri uygulanmalıdır. Bu maddeye göre,

1. Müşavir mühendis, müteahhitten iş değişikliğine ilişkin profesyonel önerisini talep edebilir. Bu durumda, müteahhit değişikliğe neden uyamayacağını en kısa sürede sebepleriyle birlikte açıklamakla mükelleftir.
2. İş değişiklik önerisinin müteahhit tarafından reddedilmediği durumlarda, müteahhit,
 - a. Yapılacak tasarım ve /veya iş ile ilgili önerinin açıklamasını ve uygulama programını,
 - b. İş değişikliğinin süreye olan etkisini,
 - c. İş değişikliğinin bedeliniiçeren teklif belgesini müşavir mühendise göndermekle yükümlüdür. Müşavir mühendis henüz karar vermediği için bu kararı beklerken herhangi bir işi geciktirmez.
3. Müşavir mühendis, bir değişikliğin onaylanmasıyla ya da değişiklik talimatı verilmesiyle birlikte, alt madde 3.5 [Mühendisin Kararları] uyarınca hareket ederek ilave iş maliyetini ve değişikliğin süreye olan etkilerini saptayacaktır.

Madde analiz edildiğinde şu sonuç çıkarılabilmektedir: İdareden ya da müteahhitten gelen iş değişiklik önerilerinde, müteahhit, değişikliğe ilişkin ilave maliyet ve süre beklentisini içeren teklifini (destekleyici dokümanlarıyla birlikte) müşavir mühendise vermekte; müşavir mühendis ise müteahhitin bu teklifini inceleyerek bir karara varmaktadır. Değişikliğin süreye olan etkisini müteahhit tarafından hazırlanan revize iş programının analiz edilerek belirleneceği açıktır. Diğer bir yandan, müteahhit tarafından verilen ilave maliyet teklifi ile müşavir mühendisin vereceği kararın hangi dayanakta olacağı düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, FIDIC, iş değişikliklerinin maliyetlerinin belirlenmesi hususunu müşavir mühendisin bilgi birikimine ve tecrübesine bırakmaktadır. Başlangıçtaki sözleşme kapsamında yer alan işlerin yineleneyeceği tipteki iş değişikliklerinin bedellerinin hesap cetvelinde o işler için belirlenen tutar esas alınarak belirlenmesi durumunda herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Diğer bir yandan, başlangıçtaki sözleşme kapsamında olmayan işlerin sözleşmeye entegre edileceği iş değişikliklerinde, bu işlerin bedellerinin belirlenmesi

için kullanılacak bir yöntemin bulunmaması, bu bedellerin İdare tarafından ödeneceği düşünüldüğünde *hesap verilebilirlik* açısından İdareleri zor duruma düşürebilmektedir. Bu sebeple, sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatının tespitinde YİĞŞ m. 22’de yer alan genel yöntemin izlenebileceği düşünülmektedir. Ancak, YİĞŞ’de bu maddenin 1. fıkrasında sözleşmede bulunmayan ilave işlerin müteahhit ile birlikte tespit edilen yeni birim fiyatlar üzerinden ödemeye yapılacağı belirtilmiştir. FIDIC Sarı Kitapta ise, ilave işler birim fiyat usulü ile ödenmeyecek, götürü bedel olarak anlaşılacaktır. Buna göre,

1. Yeni fiyatın tespitinde iş kalemi veya iş grubunun niteliğine göre aşağıdaki sıralamaya uyularak oluşturulan analizlerden biri kullanılabilir:
 - a. Müteahhitin teklifinin tespitinde kullanarak teklifi ekinde idareye sunduğu ve yeni iş kalemi/grubu ile benzerlik gösteren iş kalemlerine/gruplarına ait analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.
 - b. İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine/grubuna benzerlik gösteren analizlerle kıyaslanarak bulunacak analizler.
 - c. İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan iş kalemleri/gruplarına ait maliyet analizleriyle kıyaslanarak bulunacak analizler.
 - d. Yeni iş kaleminin/grubunun yapılması sırasında tutulacak puantajla tespit edilecek malzeme miktarları, işçi ve makinelerin çalışma saatleri ile diğer tüm girdiler esas alınarak oluşturulacak analizler.
2. İş kalemi veya iş grubunun niteliğine uygun olarak yukarıdaki analizlere, kaynakların verimli kullanılması gözetilerek aşağıdaki rayiçlerden biri, birkaçı veya tamamı uygulanabilir:
 - a. Varsa yüklenicinin teklifinin ekinde idareye verdiği teklif rayiçler.
 - b. İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler.
 - c. İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan fiyatlar.

- d. İdarece kabul edilmek şartıyla, ticaret ve/veya sanayi odasının onaylanmış uygulama ayına ait yerel rayıçları.
3. Bu madde kapsamında belirlenen yeni fiyatlar, müteahhit tarafından sunulan ön/kesin projelere dayanılarak götürü bedel olarak belirlenmelidir.
 4. Yeni fiyatın hesabında, birinci fıkranın (a) bendine göre, teklif analiz ile kıyaslanarak bulunan analizin kullanılması halinde, bu analizin temsil ettiği iş kalemi miktarı ile yeni tespit edilecek iş kalemi miktarının rayıçlara ve genel giderlere tesiri dikkate alınmalıdır.
 5. Yeni fiyat müteahhit ile müşavir mühendis tarafından birlikte yukarıda belirtilen usullerden biri ile tespit edilerek değişiklik emri eki olmak üzere tutanağa bağlanmalıdır. Müteahhit ve müşavir mühendisin anlaşamadığı durumlarda İdarenin de görüşü alınmak suretiyle müşavir mühendis tarafından resen karar verilmelidir.

6.6. Fiyat Farkı Uygulaması

FIDIC m. 13.8 [Maliyetlerdeki Değişikliklerden Dolayı Yapılan Ayarlamalar], teklif eki metninde İdare tarafından oluşturulmuş ayarlama verileri tablosunun yer alması durumunda kullanılabilir. Bu maddenin kullanılacağı durumlarda, müteahhite ödenecek tutarlar; işgücünde, mallarda ve işin diğer girdilerinde meydana gelecek yükselme ve düşmelere göre, maddede yer alan formüller yardımı ile hesaplanacak miktarlarla artırılarak veya eksiltilecek ayarlanmaktadır. Maddenin kullanılmadığı durumlarda ise, kabul edilmiş sözleşme bedelinin maliyetlerdeki artış ve azalışları karşılayacak miktarları da öngördüğü ve kapsadığı varsayılmaktadır. Maddenin FIDIC'teki uygulamasına geçmeden önce, fiyat farklarının ulusal mevzuatta nasıl düzenlendiği incelenmelidir.

4734 sayılı KİK'e göre ihale edilen inşaat işlerinde uygulanacak fiyat farkları, çok ince düşünülmüş bir konu olup, uygulamada kullanılacak bir dizi esasa yer verilmiştir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan "Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti

*Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir” ifadesinden yola çıkılarak fiyat farkı ödemesinin önemi anlaşılabilir. Kanunun bu maddesi uyarınca hazırlanan “4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar”¹²⁰, yerel mevzuata göre yapılan fiyat farkı ödemelerinin genel prensiplerini belirlemektedir. Bu Esaslara göre, Türk parası cinsinden sözleşmeye bağlanan yapım işlerinde fiyat farkı hesabında kullanılan formülün; İşçilik ağırlık oranını temsil eden sabit katsayısı, metalik olmayan diğer mineral ürünlerinin ağırlık oranını temsil eden sabit katsayısı, demir ve çelik ürünlerinin ağırlık oranını temsil eden sabit katsayısı, katı veya sıvı yakıtların ağırlık oranını temsil eden sabit katsayısı, ağaç ve mantar ürünlerinin ağırlık oranını temsil eden sabit katsayısı, makine ve ekipmana ait amortismanın oranını temsil eden sabit katsayısı ve diğer malzemelerin ağırlık oranını temsil eden sabit katsayısı mevcuttur. Her bir katsayı için Türkiye İstatistik Kurumu tarafından aylık yayınlanan ilgili endeksi mevcuttur. Esaslarda, hangi endeksin alınacağı oldukça detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Diğer bir yandan, işin nitelik ve kapsamına göre imalatta kullanılacak malzemelerin niteliği ile iş programına göre malzemenin kullanılacağı safha dikkate alınarak, fiyat farkı hesabına esas katsayılar için imalatın farklı aşamalarında uygulanmak üzere farklı endeksler de belirlenebilmektedir. Bununla birlikte 6. maddenin 4. fıkrasında “*Bedeli yabancı para birimi cinsinden veya kur farkları ayrıca hesaplanmak suretiyle yabancı para birimi karşılığı Türk parası ile ödenen işler için bu Esaslar uygulanmaz*” ifadesine yer verilerek IPA fonlarıyla finanse edilen projelerde kullanılan “Euro” para biriminden ötürü Esasların mali işbirliği projelerinde herhangi bir mantıksal değişikliğe tabi olmaksızın kullanılması yasaklanmıştır. Esaslarda uygulamada önemli görülen birçok düzenleme vardır. Başlıca:*

1. *Sözleşme süresi bitmiş ve idarenin izni ile cezalı çalışılan işlerde, fiyat farkı hesaplanırken süre bitim tarihinde uygulanmakta olan (P_n) değeri ile cezalı çalışılan süredeki (P_n) değerinden düşük olanı esas alınır. (m. 6/10)*
2. *Sözleşme imzalandıktan sonra iş kalemlerinin, aylık imalatın, ihzaratın ve yıllık ödenekler ile bunların aylara dağılımını gösteren ayrıntılı bir iş programı hazırlanarak idarenin onayına sunulur. (m.7/1)*

¹²⁰ 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar, Resmi Gazete, sayı: 28751, 31 Ağustos 2013

3. *Herhangi bir aya ait iş programına yüklenicinin kusuru nedeniyle uyulmadığı takdirde, daha sonraki aylarda yapılacak imalatlarda, imalat miktarı iş programına uygun hale gelinceye kadar, fiyat farkı hesaplanırken, iş programına göre gerçekleştirilmesi gereken ayın endeksi ile işin fiilen gerçekleştirildiği ayın endeksinden düşük olanı esas alınır. (m. 7/2)*
4. *4735 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinde belirtilen mücbir sebep hallerinin gerçekleşmesi veya sözleşmenin ifasının idareden kaynaklanan nedenlerle gecikmesi nedeniyle yükleniciye süre uzatımı verilmiş olması halinde, gerçekleştirilmesi gereken aya göre iş kalemleri ya da iş grupları için uzatılan süre içinde ve bu süreye göre revize edilen iş programına uygun olarak fiyat farkı hesaplanır. (m. 7/4)*
5. *İdari şartname ve sözleşmesinde fiyat farkı verilmesi öngörülmemiş işlerde, 4735 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinde belirtilen mücbir sebepler ya da idareden kaynaklanan nedenlerle işin bitim tarihinin süre uzatımı verilmek suretiyle uzatılması halinde, uzatılan süre içinde ve bu süreye göre revize edilen iş programına uygun olarak yapılan iş kalemleri ya da iş grupları için, bu madde hükmüne işin idari şartname ve sözleşmesinde yer verilmiş olması şartıyla bu Esaslara göre fiyat farkı hesaplanır. (m. 9/1)*
6. *Fiyat farkı hesabında temel endeks, iş bitim tarihinin içinde bulunduğu aya ait endeksi; güncel endeks ise, revize iş programına göre işin gerçekleştirilmesi gereken aya ait endeksi ifade eder. (m. 9/2)*

Görüldüğü üzere, yerel mevzuatımızda fiyat farkı esasını düzenleyen belgede, iş programına müteahhittin bir kusurundan ötürü uyulmaması durumu ile iş sahibi tarafından uyulmaması durumu, cezalı olarak çalışan süredeki uygulaması, mücbir sebep durumlarında uygulama gibi birçok alanda özel düzenlemelere gidilmiş, kullanılacak katsayılar ile endeksler detaylı olarak verilmiştir. KİK'e göre yapılan işlerde ihzarat bedeline de fiyat farkı uygulanmaktadır. İlave olarak, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 12. maddesinde "*Fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının % 6 'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınır. Fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminat hakedişlerden kesinti*

yapılmak suretiyle de karşılanabilir” ifadesine yer verilerek, fiyat farkı uygulanan projelerde fiyat farkından doğan artış tutarının belirli bir yüzdesi oranında ek kesin teminat alınması ya da eşdeğer tutarın hakedişten kesinti yoluyla düşülmesi düzenlenmiştir.

Diğer bir yandan, FIDIC sözleşme şartlarında, fiyat farkı uygulaması bu detayda değildir. FIDIC, fiyat farkında kullanılacak endeksleri belirleme hususunda iş sahibini özgür bırakmaktadır. İdareler, uygun görmeleri halinde KİK’te yer alan bu endekslerine benzer Eurostat endekslerini kullanabilmektedirler. Dolayısıyla uygulamadaki sorun bundan kaynaklanmamaktadır. Asıl sorun, FIDIC m. 13.8’e göre kullanılan;

$$P_n = a + b \frac{L_n}{L_o} + c \frac{E_n}{E_o} + d \frac{M_n}{M_o} + \dots$$

formülüne göre L_o , E_o , M_o gibi endekslerin ihale zamanında tekliflerin sunulmasından 28 gün önceki “Esas Tarih” itibariyle geçerli olan endeksler olması, L_n , E_n , M_n gibi endekslerin ise hak edişin konu olduğu ayın son gününden 49 gün önce geçerli olan endeksleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu endekslerin her hakediş döneminde uygulanması gerekmektedir. Bu kuralda, müteahhitin gecikmesi, idarenin kusurundan ötürü gecikme, mücbir sebepler, vs uygulanmaz. FIDIC standart şartnamelerinin 8.3 [Program] maddesi uyarınca, müteahhit işin tamamlanmasının sözleşme süresi içinde kalması kaydıyla iş programı yapabilmekte ve istediği zaman değiştirebilmektedir. Müşavir mühendisin programa onay verme yetkisi bulunmamaktadır; ancak müşavir mühendis iş programının sözleşmeye uygunluğunu denetler. Hal böyle iken, KİK’in aksine, FIDIC’te müteahhitin kendi kusurundan dolayı olan gecikmelerde gecikilen işin gerçekte yapıldığı tarih itibariyle esas olan endekslerin kullanılmasına devam edilmek ve müteahhite iş normal süresinde bitirilmiş olsaydı verilmeyecek ilave bedeller ödenmektedir. Ayrıca, FIDIC’te fiyat farkı ödemelerinin belirli bir oranı kadar ek kesin teminat alınması da düzenlenmemiştir. Bu hükümlerin, özel idari şartnamede düzenlenerek KİK’te yer aldığı gibi olması sağlanmalıdır.

Endeks ve katsayıların ihale zamanında İdare tarafından belirlenmesi durumunda ihaledeki tüm istekliler arasında eşit bir rekabet ortamı sağlanmış olacaktır. Her ne kadar, fiyat farkı kalemi altından ödenecek toplam tutarın ihale zamanında İdare tarafından hesaplanabilmesi mümkün olmasa da, tüm istekliler aynı endeksleri kullanacağı için (nakit akışı hesapları hariç) en ucuz teklifi veren isteklinin aynı zamanda da en düşük fiyat farkı ödemesi alacağı öngörülebilir. Ödenmesi gereken bu fiyat farklılıklarının sözleşme bütçesi dışında ayrı bir bütçe altından karşılanması gerekliliğine tezin 3.5.2.1 maddesine değinildiği için bir kez daha yinelenmeyecektir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda değişiklik yapan 5763 sayılı Kanununun 36. maddesi ile KİK'e ek madde 3 eklenmiştir. IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde bu ek madde ayrıca önem taşımaktadır. Buna göre; ek madde 3'te, *“4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü maddesinin (c) bendi kapsamındaki işler ile aynı kapsamda olup 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu dışında, ihalesi ilgili mevzuat hükümlerine göre bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar yapılmış olanlar ile bu tarihten sonra yapılacak olan ve bedeli yabancı para cinsinden sabit fiyatlarla sözleşmeye bağlanan yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerine uygulanmak üzere; fiyat farkı esasları belirlemeye, sözleşmelerin tadil veya tasfiye edilmesine imkân veren kararnameler çıkarmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir”* hükmü düzenlenmiştir. Kanununun 3. maddesi (c) bendi, *“uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri”*ni de içeren istisnanın düzenlendiği benttir. Dolayısıyla, KİK, tez tarihi itibarıyla henüz yapmamış olmasına rağmen, IPA fonlarıyla finanse edilen projelere de uygulanabilecek fiyat farkı esasları belirlenebileceğinin sinyalini vermektedir. Tez sahibine göre, bu olumlu bir adım olacaktır. Zira, böyle bir düzenlemenin olması durumunda uygulamada karşılaşılan sıkıntılar sona erecek ve kamu idareleri uygulamalarında teklik sağlanacaktır.

6.7. FIDIC Şartları Açısından İhzarat Ödemeleri

FIDIC tip şartnamelerinde ihzarat, 14.5 alt maddesinde “İşte Kullanılacak Tesis ve Malzemeler” adıyla anılmaktadır. FIDIC’te yer alan ihzarat uygulamasıyla KİK’e göre ihale edilen işlerde kullanılan ihzarat oldukça farklı uygulamalara tabiidir. FIDIC’teki düzenlemeye geçmeden önce, ihzarat konusunun yerel mevzuatta nasıl ele alındığı incelenecek daha sonra FIDIC’teki uygulaması açıklanacaktır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda ihzarat düzenlemesi yer almamakta, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda da sadece “iş ve işyerinin sigortalanması” başlıklı 9. maddede ihzaratın deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı sigortalanması gerekliliği düzenlenmiştir. Bu bağlamda, ihzarat hususunun usul ve esaslarının Kanun düzeyinde düzenlendiği söylenemez. İlave olarak, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ile Kamu İhale Genel Tebliğ hükümlerinde de ele alınmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, ihzarat konusu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanuna Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar (bu bölümde yalnızca Esaslar olarak anılacaktır) ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinde detaylı olarak düzenlenmiştir. Yerel mevzuatla FIDIC standart şartnamelerinin en temel ayırım noktası Esaslar’ın 8. maddesi 1. fıkrasında verilmektedir: “*Birim fiyat üzerinden sözleşmeye bağlanan işler ile karma sözleşmelerde sözleşmenin birim fiyatlı kısmına ait işlerde kullanılan malzemelere ihzarat bedeli ödenebilir. Ancak, ihzarat bedeli ödenecek malzemelerin listesinin ve fiyatlarının ihale dokümanında gösterilmesi zorunludur*”. KİK’e göre, ihzarat yalnızca teklif birim fiyatlı işlerde, ya da karma sözleşmelerin birim fiyatlı kısımlarına ait işlerde uygulanabilmektedir. Hangi malzemelerin ihzar edilebileceği sözleşme şartlarında belirtilmeli ve bu malzemelerin fiyatlarının ihale dokümanında gösterilmesi gerekmektedir. Esaslar m. 7/1’e göre ise “*Sözleşme imzalandıktan sonra iş kalemlerinin, aylık imalatın, ihzaratın ve yıllık ödenekler ile bunların aylara dağılımını gösteren ayrıntılı bir iş programı hazırlanarak idarenin onayına sunulur*” denilmekle ihzarat programının yapılması gerekliliği ortaya konulmuş, bu programın da İdare’nin onayına tabii olduğu düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, Esaslar m. 8/1’de “*Bu malzemeler, iş*

programında yer alan iş kalemleri için ve o işlere yetecek miktarda ihzar edilir. İş programında öngörülen miktardan fazla ihzar edilmiş malzemelerin fazla kısmına ihzarat bedeli ödenmez” koşulu getirilmiştir. İlave olarak m. 8/2’de “Yukarıda belirtilen şartlara uygun olarak ihzar edilen malzemeler için fiyat farkı hesabı yapılır” denilerek ihzar edilen malzemelerin fiyat farkı hesabına tabii oldukları belirtilmiştir.

YİGŞ’de iş programı, “...ihzarat ödemesi öngörülen işlerde ihzaratı, yıllık ödenek dilimlerini ve bunların aylara dağılımını ayrıntılı olarak gösterdiği programı” ifade etmekte kullanılır denilmiştir. YİGŞ m. 39/4 (c)’de ihzaratın geçici hakedişlere ne şekilde sokulabileceği üç alt-bentte açıklanmaktadır. Buna göre;

1. İhzarat miktarı yapı denetim görevlisi tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte ölçülür ve bulunan miktarlar sözleşmedeki esaslara uygun olarak hakediş raporuna dahil edilir. İhzaratın hakediş raporlarına geçirilebilmesi için, bunların işin bünyesine girecek veya yardımcı olarak kullanılacak malzemedan olması ve fiyatlarının ihale dokümanında gösterilmiş bulunması gereklidir. Sözleşmelerinde aksine bir hüküm yoksa, işbaşına getirilmemiş ihzaratın bedeli ödenmez,
2. İhzaratın, iş programlarında, sözleşme ve eklerindeki esaslara göre belirtilecek miktarlardan fazla yapılması idarenin iznine bağlıdır,
3. Bedeli ödenmiş ihzarat malzemesi, ancak yetkili makamın onayı ile şantiyeden çıkarılabilir.

Bu çerçevede, KİK açısından ihzarat konusunda düzenlenen usul ve esaslarda şu özellikler ortaya çıkmaktadır:

1. İhzarat ödemesi yalnızca birim fiyatlı işlerde, ya da karma sözleşmelerin birim fiyatlı kısımlarında kullanılabilir.
2. İhzarat, işin bünyesine girecek kalıcı malzeme olabildiği gibi yardımcı olarak kullanılacak malzeme de olabilmektedir.

3. İhzarat ödemesi yapılacak malzemenin listesi ve birim fiyatları ihale dokümanında yer almalıdır.
4. Müteahhit tarafından oluşturulan iş programında imalat ve ihzarat ayrı olarak gösterilmektedir. Bu iş programları İdare'nin onayına tabiidir. İş programında gösterilenden fazla yapılan ihzaratın bedeli hakedişe konulamaz.
5. İhzarat ödemesi yapılabilmesi için ihzar edilen malzemelerin iş başına getirilmiş olması gerekmektedir.
6. İhzaratın doğal afetler ile hırsızlık ve sabotaj gibi risklere karşı sigortalanması gerekmektedir.
7. İhzarat ödemelerine fiyat farkı uygulanmaktadır.

FIDIC Sarı Kitap m. 14.5 'e göre *paragrafın uygulandığı durumlarda*, geçici hakediş ödemeleri, kalıcı işlerin yapısına katılmak üzere iş yerine gönderilen tesis ya da malzemeye ilişkin tutarı ve bu malzemenin imalata sokulduğu durumlarda ise bu malzemelerin indirimlerini kapsamaktadır. Pratikte bu hüküm şu şekilde uygulanmaktadır: her hakediş döneminde ihzar edilen malzemenin sayımı yapılmakta ve o hakediş itibariyle sahada mevcut olan toplam ihzaratın bedeli kümülatif olarak hesaplanarak hakedişe konulmaktadır. İhzarat kullanılıp imalata sokulduğunda sahadaki ihzarat miktarı azalacağından ötürü, yeni bir ihzarat yapılmadığı sürece bir sonraki ayda ihzaratın kümülatif bedeli düşecektir. Hakedişlere uygulanan kümülatif hesap yöntemi tezin 6.4 maddesinde detaylı olarak işlenmiştir.

FIDIC 14.5 hükümlerinin kullanılabilmesi için teklif ekinde ihzarat ödemesi yapılacak malzemenin listesinin belirlenmiş olması gerekmektedir. Teklif ekinde herhangi bir liste yer almaması durumunda ihzarat ödemesi yapılmıyor kabul edilir. Bu bağlamda, KİK'e göre yapılan işlerde yalnızca birim fiyatlı kalemlere yönelik ihzarat ödemesi yapılır şartı FIDIC genel koşulları nezdinde teklif ekinde malzeme listesi konulmak suretiyle kırılabilir. Diğer bir yandan, İdareler, ihzarat ödemesinin *ne zaman* yapılabileceğini de teklif ekinde belirtebilmektedirler. Buna göre, FIDIC 14.5 (b) bendi uyarınca iş yerine doğru olmak üzere ülke yönünde yola çıkmış bulunmaları durumunda ihzarat ödemesi yapılabileceğini belirleyebilecekken,

14.5 (c) bendi uyarınca ihzaratın şantiyede uygun bir şekilde depolandığı zaman ödeme yapılabileceğini de düzenleyebilmektedirler. 14.5 (b)'ye göre düzenlendiği durumlarda, ihzaratın navlun ve sigorta bedellerinin ödendiğini gösteren kanıtların aranması ve ihzarat için ödenecek tutarla aynı miktarda teminat mektubu alınması gerekmektedir. 14.5 (c)'de ise malzemelerin hasara, bozulmaya, kayıba karşı koruma altına alınmış olması ve görünüm itibariyle sözleşme hükümlerine uygun bulunması şartı aranmaktadır.

İhzarat altından ödeme yapılabilmesi için mühendis tarafından doğrulanması gereken şartlar bulunmaktadır. Öncelikle, FIDIC 14.5 (a) uyarınca, ihzaratı yapılacak malzemeye yönelik olarak müteahhitin sipariş belgeleri, faturalar, maliyet/masraflar vb belgeleri incelemeye hazır şekilde kayıt tutmuş olması ve yeterli kanıtları ile birlikte olmak üzere ihzar edilecek malzemelerin alınmaları ve iş yerine getirilmelerine ilişkin bir harcama beyannamesi vermesi gerekmektedir. FIDIC Sarı Kitap, teklif ekinde ihzar edilebilecek malzemelerin birim fiyatlarının yer alması şartını koymamaktadır. Götürü bedelli bir işte malzeme fiyatlarının ihale dokümanında yer alması da beklenemez. O halde ihzarat ödemesi tutarı nasıl hesaplanacaktır? FIDIC, bu soruya ihzaratı ödenecek malzemenin 14.5 (a) maddesi uyarınca, müteahhitin hazırlayacağı harcama beyannamesinin esas alınarak müşavir mühendis tarafından kararlaştırılacağına hükmetmiştir. Buna göre, ihzar edilen malzemenin nakliye dahil maliyetinin (müteahhitlik genel gideri ve karı dahil değildir) belirlenmesi ve bu tutarın %85'inin hakedişe sokulması yolu izlenmiştir.

Diğer bir yandan, FIDIC, 8.3 [Program] alt-maddesinde ihzarat için ayrı bir iş programı hazırlanması gerekliliğini düzenlememektedir. İlave olarak, KİK'in aksine, iş programları İdare'nin onayına tabii değildir. Yalnızca sözleşme şartları açısından uygunluğu incelenmekte ve uygun bulunmadığı takdirde değiştirilmesi talep edilebilmektedir. Dolayısıyla, ihzar edilecek malzemenin iş programıyla karşılaştırılması oldukça zor olmaktadır. Öte yandan FIDIC, KİK'te olduğu gibi ihzaratın iş programına uyumlu olması şartı da aramamaktadır. Bununla birlikte, müşavir mühendis, ihzar edilen malzemenin niceliğini mantıksal çerçevede sorgulamalıdır. FIDIC genel koşullarında da 18.2 alt maddesi uyarınca ihzaratın ülke

sınırları dışında olduğu dönemler hariç all-risk sigorta kapsamında sigortalatılması gerekliliği yer almaktadır. Ayrıca 4.17 alt maddesi uyarınca sahaya getirilen bir malzeme, müşavir mühendisin yazılı onayı olmadığı sürece saha dışına çıkarılamamaktadır.

Bu çerçevede, FIDIC Sarı Kitap standart şartnamesi açısından açısından ihzarat konusunda düzenlenen usul ve esaslarda şu özellikler ortaya çıkmaktadır:

1. İhzarat ödemesi birim fiyatlı işlerde olabildiği gibi götürü bedel işlerde de olabilmektedir.
2. İhzarat, yalnızca işin bünyesine girecek kalıcı malzemelere uygulanabilmektedir.
3. İhzarat ödemesi yapılacak malzemenin listesi ve ödemenin ne zaman yapılabileceği teklif ekinde belirtilmelidir.
4. Aksi özel şartlarda belirtilmesi hariç, ihzarat için ayrı bir program yapılmasına gerek bulunmamaktadır.
5. İhzarat ödemesi yapılabilmesi için ihzar edilen malzemelerin ne zaman ödenebileceğinin teklif ekinde belirtilmiş olması gereklidir. Buna göre, ihzarat ödemesi iş başına getirilmiş malzemelere ödenebileceği gibi, ülke yolunda yola çıkmış bulunan malzemelerde de ödenebilmektedir.
6. İhzarat ödemesi, ihzar edilen malzemenin faturalar, dekontlar ve tahsil fişleriyle doğrulanabilecek nakliye dahil gerçek maliyetinin %85'i oranında yapılmaktadır.
7. İhzaratın doğal afetler ile hırsızlık ve sabotaj gibi risklere karşı sigortalanması gerekmektedir.
8. İhzarat ödemelerine fiyat farkı uygulanmamaktadır (bkz. Tez m. 6.4)

Bu çerçevede, FIDIC Sarı Kitap usulüne göre yapılan işlerde ihzarat ödemesinin müteahhitin sebepsiz zenginleşmesine sebep olabilecek ödemeler olmadığı sonucu çıkarılabilir. İhzarat ödemeleri, müteahhitin finansman maliyetlerinin düşürülmesine hizmet etmektedir. İhzarat ödemelerinin yapılmadığı durumlarda, istekliler, tüm bu maliyetleri pozitif nakit akışını teminat altına alıncaya

kadar götürü bedel teklifleri içine yedirmek durumunda kalacaklar, bu sebeple de teklif fiyatlarının yükselecektir¹²¹. Müteahhit, kalıcı işlerde kullanılacak malzemeleri her halükarda imalata sokmadan önce sahaya getirmek durumundadır. FIDIC'teki düzenlemeye göre, bu malzemeler ile nakliyesinin gerçekleşen maliyetlerinin %85'i müteahhite ödenmektedir. Dolayısıyla müteahhit, ihzarat altından aldığı ödmeden daha fazlasını tedarikçilerine ödemektedir. Malzemelerin imalata girip kullanılmasıyla katlandığı maliyetin tamamını, işçilik, ekipman, genel gider ve kar kalemleri uyarınca hakedişlere yansıtılabileceği için ihzar ettiği malzemeyi mümkün olabildiğince kısa bir sürede imalata sokmaya çabalayacaktır.

Diğer bir yandan, müteahhitler malzemeyi genel olarak peşin parayla satın almazlar. Tedarikçilerle yaptıkları sözleşmeler uyarınca 30-60-90 hatta 120 günlük vadeyle çek karşılığı satın almaktadırlar. Bu da, ihzarat ödemelerini aldıklarında ellerinde kullanacakları sıcak para olması anlamına gelmektedir. Bu sıcak parayı başka borçları ya da işleri için kullanmaları durumunda, mevzu bahis iş kapsamında yine nakit akış problemi yaşayabileceklerdir. Bu bağlamda, tez sahibine göre, ihzarat konusu götürü bedelli sözleşme türlerinde de uygulanabilmeli; ancak özel şartlar yoluyla ihzarat altından kümülatif olarak yapılabilecek ödemelere sözleşme bedelinin belirli bir yüzdesi oranında üst limit belirlenmesi gerekmektedir. İlave olarak, "İdare'nin talebi üzerine, müteahhit ihzar ettiği malzemeler için hakedişe giren tutara eşdeğer teminat mektubu getirilmelidir" şartı getirilerek İdare'nin eli güçlendirilmelidir. Bununla birlikte, FIDIC özel şartlarında ihzarat için ayrı bir program temin edilmesi ve ihzarat ödemelerinin programa uygunluğunun müşavir mühendis tarafından kontrol edilmesi şartı getirilmelidir. Son olarak da, Sarı Kitaba göre yapılacak götürü bedelli işlerde, ihzarat ödemesi yapılabilecek malzemelerin birim fiyatlarının da teklif ekinde belirlenmesi gerekmektedir. Bu yöntem izlendiği takdirde hem müteahhitin nakit akışı desteklenmiş olacak, hem bunun suistimal edilmesi engellenmiş olacak hem de İdare kendini ileride karşılaşılabileceği problemlere karşı korumuş olacaktır.

¹²¹ FIDIC, The FIDIC Contracts Guide, 2000

BÖLÜM VII

IPA FONLARIYLA FİNANSE EDİLEN İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE İLK SEVİYE YÖNETİM VE KONTROL SİSTEMLERİ

Kamu kurum ve kuruluşları, yatırımlarında kamu kaynaklarını kullanmaktadırlar. Bu bakımdan, bu kaynaklarının yasalara ve usullere göre doğru kullanılmasından ötürü sorumludurlar. Bu sorumluluk, İdarelerin etkili, işleyen ve efektif bir yönetim ve kontrol sistemi kurmalarını gerekli kılmaktadır. Bu bölümde, hem IPA mevzuatında, hem de ulusal mevzuatta Program Otoritesi İdarelerin tabii oldukları yasal düzenlemeler açıklanacaktır. Tez konusu itibariyle inşaat sözleşmelerinde İdareler tarafından yapılacak ilk seviye kontrollerin önemi ve bu çerçevede İdarelerce kurulması önerilen yönetim ve kontrol sistemi ile mühendis-hukukçu işbirliğinin önemi ele alınacaktır.

7.1. İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında Program Otoritesi İdarelerin Sorumluluğu

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve malî saydamlığı sağlamak üzere, kamu malî yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm malî işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve malî kontrolü düzenlemek amacıyla oluşturulmuş bir Kanundur (md. 1). Kanunun kapsamının belirlendiği 2. maddenin 2. fıkrasında “*Avrupa Birliği fonları ile yurt içi ve yurt dışından kamu idarelerine sağlanan kaynakların kullanımı ve kontrolü de uluslararası anlaşmaların hükümleri*

saklı kalmak kaydıyla, bu Kanun hükümlerine tâbidir” ifadesine yer verildiği için IPA fonlarıyla finanse edilen projelerde de bu Kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Kanunun 8. maddesinde ise İdarelere “Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludur ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorundadır” hükmü gibi çok ağır bir sorumluluk yüklenmiştir. Kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrol sistemleri; harcama birimleri, muhasebe ve malî hizmetler ile ön malî kontrol ve iç denetimden oluşmaktadır (md. 57). Harcama birimi, Kanunda “tanımlar” başlıklı 3. maddenin (k) bendinde “Kamu idaresi bütçesinde ödenek tahsis edilen ve harcama yetkisi bulunan birimi” tanımlamaktadır. Harcama yetkilisi de 31. maddenin 1. fıkrasında yer verilen “bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisi harcama yetkilisidir” tanımlaması uyarınca belirlenmektedir. Son olarak, “giderin gerçekleştirilmesi” başlıklı 33. maddenin 1. fıkrasında “Bütçelerden bir giderin yapılabilmesi için iş, mal veya hizmetin belirlenmiş usul ve esaslara uygun olarak alındığının veya gerçekleştirildiğinin, görevlendirilmiş kişi veya komisyonlarca onaylanması ve gerçekleştirme belgelerinin düzenlenmiş olması gerekir. Giderlerin gerçekleştirilmesi; harcama yetkililerince belirlenen görevli tarafından düzenlenen ödeme emri belgesinin harcama yetkilisince imzalanması ve tutarın hak sahibine ödenmesiyle tamamlanır” şeklinde getirilen düzenlemeyle İdarelerin harcama birimlerine verilen sorumluluğun altı yeniden çizilmiştir.

Benzer bir şekilde, IPA Çerçeve Anlaşması 8. maddesi Ek-A alt madde 6’da Program Otoritesi İdareler düzenlenmektedir. Bu alt maddenin (b) bendinde “Program Otoritesi, Katılım Öncesi Yardım Aracı programı ya da ilgili programların sağlıklı mali yönetim prensibine uygun olarak yönetiminden ve uygulanmasından sorumludur” denilmiş, bunun da “beyan edilen harcamanın kurallara uygun olarak gerçekleştirildiğine, ürün ya da hizmetlerin kabul kararına uygun olarak teslim edildiğine ve Nihai Yararlanıcının ödeme taleplerinin doğruluğuna dair uygun idari, mali, teknik ve işlemlerin fiziksel yönlerine ilişkin tahkikleri yapmak”la sağlanabileceği düzenlenmiştir.

Bu bağlamda, Program Otoritesi İdareler, yüklenmiş oldukları kamu yatırımı niteliğini haiz inşaat sözleşmelerinde tüm harcamaların doğru, etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun yapıldığının kontrolünden hem IPA mevzuatında hem de ulusal mevzuatta sorumlu tutulmuşlardır. Bu sebepten ötürü, Program Otoritesi İdarelerin yürütmekte olduğu inşaat sözleşmelerinde ilk seviye kontrolleri ile bu kontrolleri doğru bir şekilde uygulamalarını sağlayacak sözleşme kapsamında kuracakları yönetim ve kontrol sistemleri büyük öneme sahiptir.

7.2. İlk Seviye Kontrolleri ve Görev Alan Aktörler

Kamu yatırımı niteliğindeki inşaat sözleşmelerinde kanun ve yönetmelikler gibi yasal düzenlemeler yoluyla verilen sağlam mali yönetim sorumluluğu, farklı düzeylerdeki farklı aktörlere yüklenmiş, böylelikle aynı iş veya işlemin farklı açılardan denetimi sağlanmıştır. Bu çerçevede, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre:

1. *Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de onbeş yıl süreyle müteselsilen sorumludur (m. 30)*
2. *Yapı denetimini yerine getiren idare görevlileri, denetim eksikliği nedeniyle işin fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyandan onbeş yıl süre ile yüklenici ile birlikte müteselsilen sorumludur (m. 31)*

Bu çerçevede, İdare, yapı denetimini kendi bünyesinde kurduğu birimler aracılığıyla yerine getirebilmektedir. Bu tür yapı denetimlerinde Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından çıkarılan Kontrol Yönetmeliği¹²² hükümleri uygulanmaktadır.

¹²² Kontrol Yönetmeliği, Resmi Gazete, sayı: 16745, 5 Eylül 1979

Buna göre, denetime konu işe münhasıran işveren makam veya vekili ile kontrol amiri, işin büyüklük ve önemine göre yeterli sayıda kontrol şefleri, kontrol mühendisleri, kontrol yardımcıları ve sürveyanlar ile diğer yardımcı elemanlardan oluşan bir “kontrol örgütü” kurulmakta ve yapı denetimi, teknik ve fiziki kontrol, proje ve iş değişiklikleri onayları, hakediş raporlarının düzenlenmesi ve onayı gibi işler bu örgüt tarafından Kontrol Yönetmeliği hükümlerine göre yapılmaktadır. Diğer bir yandan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 48. maddesi uyarınca mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından da alınabilmektedirler. Bu hizmetler, danışmanlık hizmet alımı ihaleleri yoluyla alınmaktadır. Bu doğrultuda, Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin 6. maddesi 2. fıkrası (g) bendinde yapım işi kontrollüğü ve yapı denetimi işleri danışmanlık hizmeti kapsamında değerlendirilmiştir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 32. maddesine göre “*Danışmanlık hizmetlerinde; tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, hatalı yaklaşık maliyet tespiti, işlerin yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapılmaması, meslek ahlakına uygun davranılmaması, bilgi ve deneyimin idarenin yararına kullanılmaması ve benzeri nedenlerle meydana gelen zarar ve ziyandan hizmet sunucusu doğrudan, yapı denetimi hizmetinin sunulduğu durumda ise yapım işini üstlenen yüklenici ve alt yüklenicilerle birlikte onbeş yıl süre ile müteselsilen sorumludur*”.

Bu kapsamda, yerel mevzuata göre, inşaat işlerini fen ve sanat kurallarına göre geçerli hukuk kuralları çerçevesinde yerine getirmekten sorumlu müteahhit, ve bunun yapı denetimini yapan kişinin hata ve yanlışlarından ötürü müteselsil sorumluluk altına girdikleri görülmektedir. Yapı denetim sorumlusunun İdare olması durumunda ilgili idare görevlileri (kontrol örgütü), özel bir hizmet sunucusuysa danışmanlık hizmet sunucusu bu sorumluluğu taşımaktadır. Diğer bir yandan, danışmanlık hizmet alımı yoluyla yapı denetimi yaptırılan işlerde İdare’nin yine bir kontrol örgütü kurup kurmayacağı, kuracaksa bu kontrol örgütünün sorumluluğunun ne olacağı herhangi bir yasal metin tarafından düzenlenmiş değildir. Ancak, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun yukarıda değinilen çerçevesinde

İdarelerin kontrol yükümlülüğünün devam ettiği, bu açıdan da İdarelerin, yapı denetim sorumlusunu (müşavir mühendisi) doğrudan, müteahhiti ise yapı denetim sorumlusu tarafından verilen bilgi ve belgeler üzerinden denetlemeleri gerektiği sonucu çıkarılabilmektedir. Dolayısıyla, yerel mevzuata göre ihale edilen işlerde ilk seviye kontrolleri müteahhit, yapı denetim görevlisi ve İdare'nin harcama birimi tarafından yapılmaktadır.

IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde bağımsız bir kontrol mühendisi kullanılmasının zorunlu olduğu tezin 4.2 maddesinde ele alınmıştır. Ancak, bu işlerde ilk seviye kontrollerinde görev alan aktörler bunlarla sınırlı değildir. Ulaştırma Operasyonel Programı ile ilgili Finansman Anlaşmasının 51/3 maddesi uyarınca program çerçevesinde finanse edilen her bir proje, Program Otoritesi ile yardımın nihai yararlanıcısı arasında imzalanan bir anlaşma kapsamında düzenlenmelidir. 718/2007 sayılı IPA Uygulama Tüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca düzenlenen bir madde olan 15/1 maddesinde *“bu Anlaşmanın amacı doğrultusunda ‘nihai yararlanıcı’, operasyonların başlatılmasından veya başlatılıp uygulanmasından sorumlu olmak üzere kamuya veya özel sektöre ait bir organ veya firmayı ifade eder. Yardım programları bağlamında nihai yararlanıcılar, münferit bir projeyi yürüten ve kamu yardımı alan kamuya veya özel sektöre ait firmalardır”* ifadesine yer verilerek nihai yararlanıcının tanımı yapılmıştır. Buna göre, Program Otoritesi İdare, Finansman Anlaşması 27/1 maddesi uyarınca görevlerinin bir kısmını veya görev gruplarını son sorumluluğu kendinde kalmak kaydıyla Nihai Yararlanıcı Kuruluşlara devredebilmektedir. Benzer hükümler, IPA kurumsal yapılanmasında 2009/18 ve 2011/15 sayılı Başbakanlık Genelgeleri ile görevlendirilen diğer Program Otoritelerinin ilgili Operasyonel Programları Finansman Anlaşmalarında da yer almaktadır.

Bu kapsamda, Program Otoritesi İdarelerin nev-i projelere mahsus, proje sahibi nihai yararlanıcıların da bulunması durumunda yönetim ve kontrol faaliyetlerinin bir kısmını aralarında yapacakları Operasyonel Anlaşmalar uyarınca İdare adına Nihai Faydalanıcı kuruluşlar yapmaktadır. Nihai Faydalanıcıların anlaşmalar nezdinde yüklendiği sorumlulukları yerine getirmelerinin kontrolü, son

sorumluluğun kendisinde olduğu Program Otoritesi İdareler tarafından yapılmalıdır. Buna göre, IPA fonlarıyla finanse edilen inşaat sözleşmelerinde ilk seviye kontrolleri müteahhit, müşavir mühendis, Nihai Faydalanıcı ve Program Otoritesi İdareler tarafından yapılmaktadır. Uygulamada herhangi bir problemle karşılaşılması açısından bu aktörlerin görev, yetki ve sorumluluklarının dikkatle belirlenmesi ve bu bağlamda ilk seviye yönetim ve kontrol sistemlerinin doğru olarak kurulması önem arz etmektedir.

7.3. İzleme ve Kontrol Alanları

İnşaat sözleşmelerinde, eserin meydana getirilmesi sırasında görevlilerin yaptıkları izleme ve kontroller; idari, teknik, fiziki ve mali izleme ve kontrol olmak üzere dört kategoride değerlendirilebilir. Buna göre,

1. İdari açıdan izleme ve kontrol: İnşaat esnasındaki iş ve işlemlerin, PRAG kamu satın alma kurallarına, yerel yasa ve yönetmeliklere, sözleşme şartlarına ve IPA mevzuatına göre yapılması açısından yürütülen izleme ve kontrol faaliyetleridir. Bu açıdan, her türlü işlemin yürürlükteki kurallara uygunluğunu sağlamaktadır.
2. Teknik açıdan izleme ve kontrol: Müteahhit tarafından meydana getirilen inşaa eserinin, teknik şartnamelere, işverenin şartlarına, onaylı projelere, onaylı malzemelerle, onaylı metot ve yöntemlere göre yapıldığının izlemesi ve kontrolünü ifade etmektedir. Bu açıdan, inşaatın sözleşme şartları ile fen ve sanat kurallarına uygunluğu sağlanmaktadır.
3. Fiziki açıdan izleme ve kontrol: İnşaat yapılarının sahadaki uygulaması esnasında veya sonrasında, bu yapıların fiziki ilerlemelerinin tespitine yönelik olarak yapılan izleme ve kontrol faaliyetleridir. Birim fiyatlı işlerde iş miktarı, götürü bedel işlerde ise porsantaj oranlarının doğruluğu sağlanmaktadır.
4. Mali açıdan izleme ve kontrol: Geçici ve kesin hakediş belgelerinin, yeşil defter ve ataşmanlarına olan uygunluğu açısından yapılan izleme ve kontrol faaliyetleridir. Aritmetik işlemlerin kontrolünü içerdiği gibi, SGK borcu, işçi

alacakları ve vergi borcu sorgulamaları ile menşei şahadetnameleri kontrollerini de içerir. İdareler tarafından yapıla ödemelerin doğru ve hesap verilebilir niteliğini garanti altına alır.

Bir yönetim ve kontrol sistemi kurulurken, dört-göz prensibi ve görevler ayrılığı ilkesi gözetilmelidir. Dört-göz prensibi, bir görevlinin yaptığı işi bir başkasının kontrol etmesi olarak tanımlanmıştır. Bu açıdan, insana bağlı hataları minimize etmek hedeflenmektedir. Görevler ayrılığı ilkesi ise, hata, eksiklik, yanlışlık, usulsüzlük ve yolsuzluk risklerini azaltmak için faaliyetler ile mali karar ve işlemlerin onaylanması, uygulanması, kaydedilmesi ve kontrol edilmesi görevlerinin personel arasında paylaşılması anlamına gelmektedir¹²³. Buna göre, her faaliyet veya mali karar ve işlemin onaylanması, uygulanması, kaydedilmesi ve kontrolü görevleri farklı kişilere verilmelidir¹²⁴.

Yönetim ve kontrol sistemlerinde, bir riskin minimuma indirilebilmesi için, o riski en iyi şekilde yönetecek aktöre verilmesi sağlanmalıdır. Bu bağlamda, sistemde tanımlı her bir aktörün, görevli olduğu alanlarda zafiyet verilmemesi adına gerekli teşkilat yapısını kurması sağlanmalıdır. Bununla birlikte, belirlenen kontrol yönteminin maliyeti beklenen faydayı aşmamalıdır. IPA fonlarıyla finanse edilen inşaat sözleşmelerinin maliyetlerinin büyüklüğü nedeniyle, olası bir hatanın sonuçları da büyük olmaktadır. Ödemeleri yapmak, muhasebeleştirmek ve raporlamakla yükümlü olan Program Otoritesi İdareler, hem IPA Çerçeve Anlaşması hem de 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümleri gereğince yapılan iş ve işlemlerin nihai sorumluluğunu taşımaktadırlar. Bu açıdan, yönetim ve kontrol sistemlerinde görevli aktörlerin uygun teşkilatlanmasını izlemeleri ve zafiyet gördükleri alanlarda düzeltici işleri yapmaları büyük önem arz eder.

¹²³ Kamu İç Kontrol Standartları Tebliği m. 9, Resmi Gazete, sayı: 26738, 26 Aralık 2007

¹²⁴ Kamu İç Kontrol Standartları Tebliği m. 9.1, Resmi Gazete, sayı: 26738, 26 Aralık 2007

7.4. İzleme ve Kontrol Yöntemleri

İzleme ve kontrol fonksiyonları üç türlü şekilde yerine getirebilir: masa başı kontrolleri, yerinde izleme ve kontrol ve toplantı ve raporlamalar. Sağlam mali yönetim, ancak bu üç yöntemin birlikte uygulanması durumunda temin edilebilmektedir.

Masa başı kontrolleri; rapor, zeyilname, iş değişiklikleri, ödemeye tabi bilgiler, tasarım, teminat mektubu ve sigorta gibi alanlarda idari, teknik ve mali açıdan yapılan kontrolleri ifade etmektedir. Bu kontroller, belgeler üzerinden yapılır. Sözleşme kapsamında yapılan her iş öncelikle masa başı kontrole tabi tutulmalıdır. Masa başı kontrollerde, idari açıdan yürürlükteki mevzuat ile sözleşme şartlarına uygunluk denetlenmeli, teknik açıdan fen ve sanat kuralları ile işverenin şartlarına uygunlukları denetlenmeli ve mali açıdan miktarların ve tutarların doğruluğu denetlenmelidir. Bu tür kontroller yönetim ve kontrol sistemlerinde yer alan tüm aktörlerce yapılmalıdır. Bu sebepten ötürü, ilgili alanlarda kontrol yapmakla mükellef aktörlerin kontrollerini etkili ve efektif olarak gerçekleştirmesini sağlamak adına gerekli olan tüm bilgi ve belgelerin destekleyici dokümanları ile birlikte hazırlanması ve dağıtılması gerekmektedir.

Yerinde izleme ve kontrol faaliyetleri ise, masa başı kontrollerinin gerçekleştirilmesinden sonra, bahse konu işle ilgili olarak inşaat sahasındaki uygulamanın teknik ve fiziki açılardan kontrolünü ifade etmektedir. Buna göre, bu tür kontroller, inşaat uygulaması *esnasında* olabileceği gibi *sonrasında* da olabilmektedir. İnşaat esnasında yapılan yerinde izleme ve kontrol esas olup, eserin onaylı belgelere göre, geçerli mühendislik tekniklerinin uygulanarak kaliteli bir şekilde yapıldığını garanti altına almaktadır. İnşaat yapısının tamamlanması sonrasında görünmeyecek, zemin altında kalacak iş kalemlerine ilişkin *as-built* miktar ölçümleri de ancak işin yapılması esnasında yapılabilecektir. İnşaat uygulaması sonrasında yapılacak izleme ve kontrol faaliyetleri ise, ilerleme oranlarının tespiti ve doğrulanması ile örnekleme yoluyla yapı kontrolünde

uygulanabilecek bir izleme ve kontrol faaliyetidir. Bu tür kontroller, genellikle Program Otoritesi İdare tarafından hakediş ödemeleri öncesi yapılan doğrulamalarla aylık olarak yapılacak toplantılar öncesi saha ziyaretlerinde yapılacak kontrolleri kapsamaktadır.

Toplantı ve raporlamalar, tüm aktörlerin bir araya gelerek inşaatın durumu ile sorunlarını tartıştığı ve çözüm ürettiği toplantılar ile bu toplantılara esas teşkil edecek raporlamalardır. Toplantı ve raporlamalar, önceden belirlendiği üzere rutin aralıklarla yapılabileceği gibi hal ve şartlar gerektirirse plansız bir şekilde özel amaçlı olarak da yapılabilir.

7.5. İlk Seviye Yönetim ve Kontrol Sistemlerinde Aktörlerin Rolü

IPA fonlarıyla finanse edilen inşaat sözleşmelerinde ilk seviye yönetim ve kontrol sistemlerinde görevli aktörlerin müteahhit, müşavir mühendis, Nihai Yararlanıcı kuruluş ve Program Otoritesi İdareler olduğu tezin 7.3 maddesinde belirtilmişti. Sağlam mali yönetim prensibini sağlamak için bu aktörlerin ilk seviye yönetim ve kontrol sistemlerindeki rolünün iyi belirlenmiş olması gerekmektedir.

7.5.1. Müteahhitin Rolü

Müteahhit, iş sahibiyle yapmış olduğu inşaat sözleşmesi uyarınca, ücreti karşılığında inşa eserinin meydana getirilmesi borcunu üstlenmiştir. Tezin 3.5.1.1 maddesinde değinildiği üzere, eserin meydana getirilmesi fen ve sanat kurallarına uygun, ayıpsız ve iş sahibinin ihtiyacını karşılar nitelikte olması özelliklerini barındırmaktadır. Bu bakımdan, müteahhit yapmış olduğu işlerde birinci dereceden mesuldür. Eserin ayıplı olması durumunda ayıba karşı tekeffül borcu ortaya çıkmaktadır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, bu bağlamda müteahhiti ve kendi gözetim ve sorumluluğunda çalıştırdığı alt-müteahhitleri müteselsil

sorumluluk altına sokmaktadır. Bu hüküm, FIDIC standart şartnamelerinde de yer almaktadır. FIDIC m. 4.1 [Müteahhitin Genel Yükümlülükleri], “*müteahhit, işleri sözleşmeye uygun olarak tasarlayacak, gerçekleştirecek ve bitirecek; işlerde meydana gelebilecek tüm kusurları giderecektir. İşler bitirildiğinde söz konusu işlerin sözleşmede tanımlanmış olan amaçlarına uygun olacaktır*” hükmü yer almaktadır. Bu bakımdan, müteahhit, meydana getirmekte olduğu eserin sözleşme şartları ile fen ve sanat kurallarına uygun olarak tasarlanmasından, uygulanmasından, kontrolünden ve kanıtlanmasından sorumludur. Bu sebeple, müteahhit, alt müteahhitlerini de içerecek şekilde kendi yapmış olduğu işlerin kalite güvencesini sağlamak için izleme ve kontrol sistemi kurmakla mükelleftir. Müteahhitin yapacağı izleme ve kontrol faaliyetleri, masa başı hesap ve kontroller, yerinde denetim ve testleri içermektedir. Müteahhit bu yükümlülüğü çalıştırdığı mühendis, tekniker ve sürveyanlar vasıtasıyla yapmaktadır. Bununla birlikte, iş sağlığı ve güvenliği ile çevresel etkilerin minimizasyonu konularında da alanlarında uzman çalışanları vasıtasıyla gerekli prosedürleri oluşturma ve bu prosedürlerin uygulanmasını kontrol etme görevlerini ifa etmektedir. Dolayısıyla idari, teknik, fiziki ve mali açılardan ilk seviye kontrolleri, ilk olarak müteahhit tarafından yapılmaktadır.

7.5.2. Müşavir Mühendisin Rolü

Kamu kaynağı kullanılarak yapılan her inşaatın İdare tarafından doğrudan, ya da İdarenin görevlendirdiği kişilerce kontrol edilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik, tezin 7.1 maddesinde ele alındığı üzere 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile IPA Çerçeve Anlaşması'nın İdarelere yüklediği sorumluluktan ileri gelmektedir. Yapı denetiminin İdare adına danışmanlık hizmet sözleşmesi uyarınca bir müşavir mühendis (gerçek ya da tüzel kişi olabilir) tarafından yapıldığı durumlarda, müşavir mühendis, müteahhiti, alt müteahhitleri ve inşaatı her açıdan denetlemekle mükelleftir. Müşavir mühendisin genel sorumlulukları ile FIDIC'teki uygulaması tezin 4.2.4 maddesinde ayrıntılı olarak incelendiğinden burada bir kez daha yer verilmeyecektir. Yukarıda ele alındığı üzere, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca göre müşavir mühendis, yapı denetimi yaptığı işlerde müteahhitle birlikte müteselsil olarak sorumlu

tutulmuşlardır. PRAG'daki uygulamada da buna benzer niteliktedir. Müşavir mühendis, masa başı kontrolleri ve inşaat esnasında ve sonrasında yaptığı yerinde kontrolleri ile inşaatın her açıdan yürürlükteki mevzuata, fen ve sanat kurallarına, ve sözleşme şartlarına uygun olduğunu denetlemektedir. Bu bakımdan, müşavir mühendisin varlığı dahi İdare için önemli bir kontrol unsurudur. Müşavir mühendis, kendi sözleşmesi uyarınca yüklendiği bu sorumlulukları, bünyesinde çalıştırdığı alanında uzman mühendisler, teknikerler ve sürveyanlarla sağlamaktadır. Bu açıdan ele alındığında müşavir mühendisin kontrol teşkilatlanması, Kontrol Yönetmeliği ile paralellik arz etmektedir. Müşavir mühendis, müteahhitin hazırladığı her türlü dokümanı inceleme ve onay verme yetkisi ve sorumluluğuna sahiptir. Müşavir mühendisin izleme ve kontrolleri idari, teknik, fiziki ve mali olmak üzere tüm alanları kapsamaktadır. Müşavir mühendisin bu görev ve yetkileri, yapım işleri sözleşmelerinin idari şartnamelerinde de yer almakta olduğu için müteahhit tarafından da bilinmekte ve kabul edilmektedir.

7.5.3. Nihai Yararlanıcının Rolü

Nihai Yararlanıcı Kuruluşlar, IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde Program Otoritesi İdarelere proje teklifinde bulunan, projenin tamamlanmasını müteakip eseri kullanacak veya kullandıracak olan taraf olduğu ve bu durumlarda projelerin ulusal eş-finansmanını fonladıkları için IPA mevzuatında önemli bir yere sahiptirler. Bu kuruluşlar, IPA fonları kullanılmayacak olsaydı kendi yaptıkları ihalelerle projeleri gerçekleştireceklerdi. Böyle bir durumda, İdare vasfıyla Kanunlar ve yönetmeliklerin tüm şartlarını sağlayacak, ödemeleri yerine getirecek, muhasebeleştirecek, muayene ve kabul işlemlerini yapacak ve gerekli tüm raporlamaları yapacaklardı. Ancak, IPA fonlarının kullanılması konusunda akredite edilen kurum Program Otoritesi İdareler olduğu için fonların kullanılması yetkisi yalnızca Program Otoritelere tanınmıştır. Bu sebeple, Nihai Yararlanıcılar proje finansmanını karşılamak için Program Otoritesi'nin alt hesaplarına fon tahsis etmekte yetinmekte, fakat bu fonlar inşaatın gerçekleşme oranına ve gerekliliğine göre Program Otoritesi Kurumlarca kullanılmakta ve raporlanmaktadır.

Diğer bir yandan, Program Otoritesi Kurumların, Nihai Yararlanıcı kuruluşlarca önerilmiş projelere yönelik olarak teknik bilgi birikimi olmayabilmektedir. Örneğin, TCDD tarafından önerilen ve UDH Bakanlığı Program Otoritesi İdaresinde yaptırılan bir demiryolu projesinde, teknik açılarından yalnızca TCDD personelinin bilgi birikimi ve tecrübesi yoluyla kontrol edilebilecek birçok husus bulunabilir. İlave olarak, Nihai Yararlanıcı kuruluşlarının Program Otoritesi İdarelere göre merkez ve taşra teşkilatlanmaları ve teknik personel sayısı gibi birçok açıdan fiziki üstünlüğü bulunmaktadır. Bu sebeple, ilk seviye yönetim ve kontrol sistemlerinin uygulamasında İdare'ye düşen görev, yetki ve sorumlulukların bu görevleri en iyi ifade edecek taraf olarak Nihai Yararlanıcı kuruluşlara delege edilmesi öngörülmüştür. Bu yetki delegasyonu, her bir proje (operasyon) için ayrı olarak imza edilen Operasyonel Anlaşmalar yoluyla yapılmaktadır. Operasyonel Anlaşmaların IPA mevzuatında belirlenmiş standart bir taslağı bulunmamaktadır. Bu sebeple, taraflar kendi aralarında mutata kalacakları bir anlaşmayı hazırlamaktadırlar. Programlama, ihale dönemi, sözleşme yönetimi, ödemeler, raporlamalar gibi konuların yer aldığı Operasyonel Anlaşmalar, dikkatle hazırlanmalı ve imzalandıktan sonra katı bir şekilde uygulanmalıdır. Çünkü yetki delegasyonu sağlam mali yönetim prensibinin sağlanması açısından nihai sorumluluğu Program Otoritesi İdare'nin üzerinden almamaktadır.

IPA fonlarıyla finanse edilecek işlerde uygulanacak ilk seviye yönetim ve kontrol sistemi herhangi bir suiistimale açık olmamalıdır. Özel olarak, müşavir mühendis ile müteahhitin gayr-ı meşru olarak anlaşarak haksız kazanç elde etmeleri önlenmelidir. Bu sebeple, Nihai Faydalanıcıların, ilk seviye yönetim ve kontrol sistemleri nezdinde gün be gün ifa edecekleri önemli sorumlulukları olmalıdır. İdare'nin nam-ı hesabına müşavir mühendisi doğrudan, müteahhiti de müşavir mühendisin sağladığı bilgi ve belgeler nezdinde dolaylı olarak masa başında kontrol etmeleri ve bu kontrol bulgularını da yerinde kontroller yoluyla doğrulamaları gereklidir. Bunun sağlanması için Kontrol Yönetmeliğinde yer alan kontrol örgütüne benzer bir örgüt teşkilatı kurulmalı, bu teşkilat ise FIDIC'in müşavir mühendise verdiği sorumluluğu üzerine almamak kaydıyla kontrollerini gerçekleştirmelidir. Bu kontroller, idari, teknik, fiziki ve mali alanların tümünü kapsamalıdır.

Nihai Yararlanıcıların bu rolünün belirlendiği Operasyonel Anlaşmaların Türkçe-İngilizce olarak hazırlanması, içerdiği hükümlerin tüm taraflarca daha iyi anlaşılması ve sahiplenmesini sağlayacaktır. İlave olarak, Nihai Yararlanıcı bünyesinde oluşturulacak kontrol teşkilatında görev alacak personelin, bu Anlaşma uyarınca yerine getireceği yükümlülükleri doğru olarak yapabilmesi için yapım ve müşavirlik işleri sözleşmelerinin Türkçe'ye çevrilmesinin sağlanması önerilir. Bunun için, İdare tarafından belirlenen bir süre içinde tüm ihale dokümanlarının ekleriyle birlikte müteahhit ve müşavir mühendis tarafından Türkçe'ye çevrileceği yönünde bir hükmün ilgili sözleşmelere geçirilmesi düşünülebilir.

İnşaat sözleşmeleri, müteahhit ile İdare arasında, danışmanlık hizmet sözleşmeleri de müşavir mühendis ile İdare arasında yapıldığı ve bu taraflara karşılıklı olarak borç yüklediği için sözleşmeler kapsamında Nihai Yararlanıcının tanımı, teşkilatlanması ve izleme ve denetim fonksiyonlarının ne olacağı sözleşmelerde açıklanmalıdır. Bu bağlamda, Operasyonel Anlaşmaların birer örneği sözleşme ekinde verilebilir. Nihai Yararlanıcılar Anlaşmalar yoluyla kullanacakları izleme ve denetim fonksiyonlarını İdare nam-ı hesabına kullanacaklardır. Başka bir ifadeyle, müteahhit veya müşavir mühendis nezdinde Nihai Yararlanıcının kontrol teşkilatında görevli bir personel, İdare'nin personeli olarak görülmelidir. Bu sebeple, bu teşkilat mensuplarına İdare'nin yetkilerini bilgilendirmek kaydıyla müşavir mühendis ve müteahhitte doğrudan yazışma, teknik yönden gerekli görüldüğü takdirde talimat verme, bilgi ve belgeleri temin etme gibi yetkiler verilmelidir. Ancak, sözleşmenin kapsamını değiştirecek, sözleşme süresine ya da bedeline etki edebilecek talimat verme yetkisinin İdare'de saklı tutulması önerilir. Müteahhit ile müşavir mühendisin, yürütmekte oldukları iş ve işlemlerde Nihai Yararlanıcı kontrol teşkilatına her türlü kolaylığı sağlamaları şart koşulmalıdır. Nihai Yararlanıcı kuruluşun sözleşmeye daha çok entegre edilebilmesi, İdare'nin kontrol etkinliği ile etkililiğinin artırılabilmesi için İdare'ye onay için sunulan her belgenin ilk olarak Nihai Yararlanıcı tarafından onaylanmış olması şartı getirilebilir. Bununla birlikte, Nihai Yararlanıcının onayından bağımsız olarak İdare'nin son onay verme ya da reddetme yetkisi saklı tutulmalıdır.

Bu kapsamda, Nihai Yararlanıcı, her türlü ödeme ve kabul belgesini tetkik etmeli, ödemeye konu olan işlerin teknik açıdan sözleşme şartları ile fen ve sanat kurallarına uygunluğunu müşavir mühendise ilave olarak teyit etmeli, inşaatı fiziki olarak denetlemeli ve bu bağlamda ilerleme oranlarını veya miktarları kontrol etmeli, ihzar edilen malzemelerin sayımı ve kontrolünü yapmalıdır. Bu çerçevede, İdare'ye IPA mevzuatında ve yerel mevzuatta verilen sağlam mali yönetim ilkesini sağlama sorumluluğu bir anlamda Nihai Yararlanıcı eliyle yerine getirilmelidir. Nihai Yararlanıcı ile akdedilen Operasyonel Anlaşma, 2011/15 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile görevlendirilen diğer düzenleyici ve denetleyici organlara bilgi amaçlı olarak gönderilmeli ve bu organların bilgi edinmesi sağlanmalıdır.

7.5.4. Program Otoritesi İdarelerin Rolü

Program Otoritesi İdareler, AB ve Türkiye tarafından sağlanan fonların etkili, efektif, ekonomik ve doğru olarak kullanılması ve raporlanmasından nihai olarak sorumludurlar. Bu açıdan, Program Otoritesi İdarelerin ilk seviye yönetim ve kontrol sistemlerini iyi kurgulamaları, bu sistemlerin doğru olarak işlediğini sürekli olarak izlemeleri, sistemin işlemediğinin görüldüğü durumlarda derhal müdahale etmeleri ve sözleşmelerinden doğan diğer sorumluluklarını zamanında yerine getirmeleri büyük önem arz etmektedir. Program Otoritesi İdareler, ödeme, onay, kabul ve raporlama fonksiyonlarını yerine getirirken öncelikle idari açıdan kontrol yapmaktan sorumludurlar. İdarelerin yaptığı tüm işlemler, ilgili mevzuata uygun olmalı ve gerekçelendirilebilir olmalıdır. Diğer bir yandan, IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde Nihai Yararlanıcı kuruluşların olduğu durumlarda inşaatın teknik ve fiziki doğruluğunun İdare tarafından kontrol edilmesi beklenemez. İdare, bu işlerin doğruluğunu müşavir mühendisin onayı ve Nihai Yararlanıcının doğrulamasıyla teminat altına almaktadır. Ödemeler söz konusu olduğunda ise, müteahhit tarafından hazırlanan ve müşavir mühendis tarafından belgelenen hakedişler ile destekleyici dokümanları bu belgelerin tamlığı ve kendi içlerinde tutarlılığı açısından masa başında kontrol edilmeli, SGK prim borcu, işçi alacağı ve vergi borcu gibi diğer mali yönleri incelenmeli, hakedişe konu olan imalatlar ise yapılabildiği ölçüde fiziki

açılardan örnekleme metoduyla yerinde görülmelidir. Herhangi bir ödeme yapılmadan önce Nihai Yararlanıcının onayı kat-i surette aranmalıdır.

Bu çerçevede Program Otoritesi İdarelerin, Nihai Yararlanıcı gibi merkez ve saha kontrol teşkilatı kurmalarına gerek görülmemektedir. Ancak, proje büyüklüğüne göre kendi içinde birbirlerini ikame edebilecek sözleşme yöneticilerinden ve aynı ekipte yer almasına rağmen ödemeler boyutunda farklı ve bağımsız imza yetkisine sahip mali kontrolörlerden oluşan bir ekibin kurulması önerilmektedir. Bu ekip, müteahhiti dolaylı olarak, müşavir mühendis ile Nihai Yararlanıcıyı doğrudan kontrol etmekten ve toplantılara ve saha ziyaretlerine katılmaktan, usulsüzlükleri gözetmekten, İdare nam-ı hesabına yazışmaları ve bildirimleri yapmaktan, ödemeleri gerçekleştirmekten ve sözleşme kapsamında İdare'ye düşen diğer görevlerin ifasından sorumlu olmalıdır.

Sağlam mali yönetim ilkesini sağlayabilmek için oluşturulması önerilen ilk seviye yönetim ve kontrol sisteminin ödemeler açısından işleyişi Ek-5'de özetlenmiştir.

7.6. Mühendis-Hukukçu İşbirliği

Eser sözleşmesini niteliğini haiz inşaat sözleşmeleri, iş sahibi ve müteahhit arasında bir özel hukuk ilişkisi doğurmaktadır. TBK m. 26'da yer alan "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" düzenlemesi ortak iradeleriyle oluşturdukları sözleşme hükümlerine tabii olmaktadır. Her ne kadar doktrinde kamu yatırımlarının İdare hukukuna tabii olmaları gerektiği görüşü hakimse de, işbu tezin 4.2.4 maddesinde ele alındığı üzere, IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde uygulanan mevzuat hükümleri uyarınca Program Otoritesi İdareler, özel hukuk kurallarının tanıdığından daha fazla bir yetkiye sahip değildir. Bu bakımdan, İdare'nin özel hukuk ilişkisine girdikten sonra

kendisini sözleşme üzeri görmesi ve tek taraflı olarak sözleşme şartlarında değişiklik yapması gibi bir anlayışı benimsemesi ahde vefa ilkesini çiğnemesi anlamına gelecektir. Sözleşme önünde iş sahibi de müteahhit de eşit derecede konumlandırılmıştır, ve sözleşme hükümlerine göre her iki tarafın da kullanabileceği hakları saklıdır.

İnşaat sözleşmelerinde birçok sebepten ötürü anlaşmazlık çıkabilmektedir. Özellikle götürü bedelli işlerde iş kapsamının taraflarca farklı yorumlanması, inşaatın kalitesinde çıkan anlaşmazlıklar ya da tarafların bir sözleşme şartının uygulamasındaki gecikmeleri birer anlaşmazlık kaynağıdır. Bu husus, inşaat sözleşmelerini sadece teknik mühendislik bilgisi isteyen bir olgu olmaktan çıkarmakta, bu sözleşmelere uyuşmazlıkların çözümü, tahkim, mahkeme vs. gibi hukuki bir mücadele gerektirebilecek bir özellik de yüklemektedir. Yine bu bağlamda, sözleşme şartları sadece işin teknik gerekliliklerini içeren teknik bir doküman olmamakta, bu şartların yürürlükteki Kanun ve diğer mevzuatlar uyarınca yorumlanması gerekliliğinden ötürü hukuki bir niteliği de bulunmaktadır. İnşaat işlerindeki anlaşmazlıklardan ötürü işin mahkeme veya tahkim gibi raddelere gelmesi durumunda taraflar kendilerini hukuki olarak savunmaları için avukata ihtiyaç duyacaklardır. Çünkü işin bu noktaya gelmesi, mevzunun teknik bir tartışma olmaktan çıkması anlamına gelmektedir. Böyle bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda mühendislerin gerektiği gibi bir savunmayı tek başlarına hazırlaması mümkün değildir. Bu sebepten ötürü, sözleşmeye esas ihale kurallarına ve sözleşmeye etki eden diğer yasal mevzuata hakim, sözleşme dilini iyi derecede bilen, sözleşmede tanımlanan uyuşmazlık çözüm yollarını ve bunların usul ve şartlarını bilen bir hukukçu ya da hukukçu kadrosunun sözleşmenin başından sonuna kadar bulunması gereklidir. Sözleşme şartlarının yorumlanması ve uygulanması, taraflara yüklenen sorumlulukların değerlendirilmesi, anlamları açık olmayan hükümlerden doğabilecek farklı yorumların yaratabileceği durumlar gibi konularda hukukçular görev almalı, bu açılardan teknik bilgi birikimini haiz mühendislerle destek vermeleri, bununla birlikte mühendisler de hukukçulara yapacakları savunmalarda ihtiyaç duyacakları gerekli teknik bilgileri vermelidirler. Bu şekilde ele alındığında inşaat sözleşmelerinde mühendis-hukukçu işbirliği son derece büyük öneme sahiptir.

Sözleşmenin uygulanması aşamasında mühendis ve hukukçular; taleplerin, bildirimlerin, ihtirazı kaydın, değişikliklerin, onay işlemlerinin nasıl, ne sürede ve ne şekilde yapılacağını, yazışmaların nasıl saklanacağını, bunun için oluşturulması gereken sistemleri ve şablonları birlikte hazırlamalıdır. İlgili her yazışma, her bildirim, her tutanak olası bir anlaşmazlık durumunda gerekli olacaktır. Bu sebeple, bu belgelerin mühendislerce teknik bir gözle, hukukçularca da hukuki bir gözle incelenmesi ve arşivlenmesi gerekmektedir. Bu işlerin zamanında yapılmaması ya da içeriklerinde gerekli hukuki özenin gösterilmemesi sonradan birtakım hakların kaybına sebebiyet verebilir. Sözleşmede veya Kanunda bir hakkın öngörülmüş olmasının her zaman tek başına yeterli olmadığı; bu hakkın kullanılabilmesi için, varsa, biçim, bildirim ve süre koşullarına uyulması gerektiği; aksi takdirde bütün hakkın kaybedilebileceği unutulmamalıdır.

FIDIC standart şartnamelerinin 3.1 (a) maddesi uyarınca müşavir mühendis, sözleşmede belirtilmiş olan veya belirtilmiş olması gereken görevlerini yaparken ve yetkilerini kullanırken iş sahibi adına hareket ediyor diye kabul edilmektedir. İş sahibi ile müşavir mühendis arasında akdedilen danışmanlık hizmeti sözleşmelerinde de müşavir mühendisin yapım işleri sözleşmesi nezdinde iş sahibinin haklarını müteahhite karşı korumasını, bunun için gerektiği zamanda gerektiği usulde bildirimlerde bulunmasını, tutanak tutmasını, yazışma yapmasını gerekli kılacak hükümler yer almalıdır. Bu hükümler, müşavir mühendis bünyesinde alanında uzman hukukçu çalıştırmasını gerekli kılacaktır. Bu sebeple, danışmanlık hizmeti sözleşmesinde hukukçu personel istihdamını şart koyan hükümler düzenlenebilir. Diğer bir yandan, gerek danışmanlık hizmeti sözleşmesinin yönetiminde, gerekse de FIDIC'te yer alan müşavir mühendisin bağımsız karar verme yetkisi uyarınca bu karara karşı yapılacak itirazlarda İdare'nin de yukarıda anılan çerçevede hukuki yaklaşımı gerekecektir. Bu bağlamda, Program Otoritesi İdarelerin yürütmekte oldukları işlerin yönetilmesi için kurdukları ekipte mutlaka en az bir hukukçu personel istihdam etmeleri önerilmektedir. Bu çerçevede İdarelerce kurulması tavsiye olunan bu ekibin inşaat projesinin büyüklüğüne göre sözleşme yöneticisi mühendis ve hukukçular ile mali kontrolörlerden oluşması beklenmektedir.

BÖLÜM VIII

SONUÇ VE ÖNERİLER

1963 tarihli Türkiye-AT Ortaklık Anlaşmasından başlayarak günümüze kadar gelen AB-Türkiye mali işbirliği süreci, 1999 yılında yapılan Helsinki Zirvesinde Türkiye'nin resmi olarak adaylık statüsünü kazanmasıyla yeni bir dönemece girmiştir. Türkiye, artık, AB müktesebatına uyumu ve AB'ye katılımını kolaylaştıracak yasal ve kurumsal düzenlemelerin yapılması ve ekonomik ve sosyal uyumun desteklenmesi için katılım sürecinde bulunan aday ve potansiyel aday ülkelere projeler yoluyla sağlanan hibe nitelikli fonlardan aday statüsünde faydalanmaktadır. Bu fonlar, Katılım Öncesi Yardım Aracı ismiyle tek bir çatı altında verilmektedir. Bu kapsamda, IPA fonlarının ülkemizde kullanılabilmesi için ülkemizde 2009/18 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile gerekli idari yapılanma oluşturulmuş ve fonların kullanımını sağlayacak operasyonel programların hazırlanması ve uygulanmasında sorumlu olmak üzere beş bakanlık Program Otoritesi olarak görevlendirilmiştir. Program Otoritesi Bakanlıklar, operasyonel programlarında önceliklendirdikleri projeleri IPA mevzuatına uygun olarak hazırlamakta ve uygulamaktadırlar. IPA mevzuatı, AB tarafından resen oluşturulan tüzükler, yönetmelikler ve kılavuzlar ile bu çerçevede yapılan anlaşmaları içeren kapsamlı bir mevzuatı ifade etmektedir. Bu mevzuatlarda düzenlenmiş olan katı kurallar nedeniyle Program Otoritesi Bakanlıkların yapmış veya yapacak oldukları işlemlerde ilk olarak IPA mevzuatına iyi derecede hakim olmaları gerekmektedir. IPA mevzuatının *nelerden* oluştuğu, *hangi* mantıksal hiyerarşiyi izlediği tezin ikinci bölümünde verilmeye çalışılmıştır.

Diğer bir yandan, IPA finansmanını, sözleşme bütçelerinin oluşturulmasında AB tarafından ülkemize verilen maddi bir katkı olarak görmek gerekmektedir. Bu

bağlamda AB'nin fonların kullanımı konusunda getirdiği yasal düzenlemelerinin anlayışla karşılanarak, katı bir şekilde uygulanması ülkemiz açısından ahde vefa gereğidir. Bununla birlikte, Program Otoritesi Bakanlıklarca operasyonel programlar kapsamında yapılan inşaat sözleşmeleri, sadece IPA mevzuatına tabi değildir. Bu sözleşmeler, Türk hukukuna göre yapılmakta ve sözleşmelere Türk hukuk kuralları etki etmektedir. Sözleşmenin hukuki dayanağı; tarafların görev, yetki ve sorumluluklarının belirlenmesinde, sözleşme şartlarının yorumlanmasında, inşaat sırasındaki uygulamalarda, sözleşmenin sona ermesinde ve anlaşmazlıkların çözümünde temel çıkış noktası olmaktadır. Ülkemizde yapılan inşaat sözleşmeleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında ele alınan eser sözleşmesinin özel bir türü olarak dayanak bulmaktadır. TBK hükümlerince taraflara verilen borçlar, edim yükümlülükleri ve haklar her hal ve şartta geçerli olmaktadır. Bir başka deyişle, TBK kapsamında verilmiş bir hak, sözleşmeye konulan bir şartla geri alınamaz. Bu bakımdan, hem iş sahibi olarak Program Otoritesi İdarelerin, hem de yüklenici olarak müteahhitlerin sözleşme hukukunu iyi derecede bilmeleri ve yapacakları işlemlerde eser sözleşmelerinde geçerli kurallara dikkat etmeleri gereklidir.

Eser sözleşmelerinde, tarafların akdettikleri sözleşme, şekil serbestisine sahip, iki tarafa da borç yükleyen ve karşılıklı rıza gösterilerek üzerinde anlaşılmış bir doküman olması sebepleriyle özel hukuk ilişkisi doğurmaktadır. Bununla birlikte, doktrinde, kamu yatırımları söz konusu olduğunda bir tarafta kamu hak ve menfaatini korumakla mesul kamu İdareleri, diğer bir yanda şahsi çıkar ve menfaatini kollayan özel kişiler olduğu ve kamu yararının her hal ve şartta özel bir kişinin yararına tercih edilmesi gerektiğinden ötürü bu tip sözleşmelerin özel hukuk kurallarından farklı bir hukuki rejime tabi oldukları görüşü benimsenmiştir. İdarelerin bu özel durumu itibariyle, özel hukuk sözleşmelerinde herhangi bir tarafa tanınmayan bazı ayrıcalıklara ve üstün yetkilere sahip olması gerektiği düşünülmüştür. Ancak, Türk mevzuatında bu şekilde bir hukuki dayanak ve İdarelere bu kapsamda tanınan yasal bir yetki bulunmamaktadır. Bu sebeple, Türk mevzuatında göre yapılan işlerde, İdare, bu ayrıcalığını Kamu İhale Kanunu ile bunun yargı içtihatları ve yerleşmiş doktrin kapsamında yorumlanmasıyla kullanmaktadır. Program Otoritelerinin tabi oldukları kurallar gereği, bu ayrıcalık IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde kullanılamaz. Bu açıdan, İdareler, bu kapsamda

yaptıkları sözleşmelerde müteahhitle eşit koşullarda muamele görmektedirler. Bu hususun İdareler tarafından göz ardı edilmemesi, herhangi bir ihtilaf durumunda kamu yararını koruyabilecek gerekli önlemlerin zamanında alınması, yine bu kapsamda zamanında ve uygun lisanda bildirimlerde bulunulması ve gerekli dokümantasyonun sağlanması büyük önem arz etmektedir. İdarelerin bu konuda gösterecekleri bir zafiyet, kamuyu zarara uğratabilecektir. Diğer bir yandan, IPA fonlarıyla finanse edilen inşaat sözleşmelerinde, İdare adına bu gibi işlemleri yapan bir müşavir mühendis bulunmaktadır. Bu nedenle müşavir mühendis kavramı, gerekliliği ve zorunluluğu incelenmiş, müşavir mühendisin FIDIC'teki düzenlemesi KİK'teki ile karşılaştırılmıştır. Bu kapsamda, KİK'te yer alan yapı denetim sorumlusunun İdare nam-ı hesabına çalışan bir teknik kontrolör gibi düzenlendiği ve bu bağlamda yetkilendirildiği; ancak FIDIC'teki mühendisin bu yetkilere ilave ve yetkilerden farklı olarak tarafsız karar verme yetki ve sorumluluğuna sahip olduğu vurgulanmıştır. FIDIC mühendisinin bu büyük yetkisinin, kamu menfaatini özel bir kişinin menfaatine tercih etmek durumunda olan Program Otoritelerini zor durumda bırakabileceği; bu sebeple Özel İdari Şartname uyarınca Mühendis'in önemli karar alma yetkisinin İdare lehine sınırlandırılması gerektiği vurgulanmıştır.

IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, ceza ve ihaleden yasaklama hükümleri hariç uygulanmamaktadır. Bu Kanun yerine, AB tarafından hazırlanan AB Dış Yardımları İhale ve Hibe El Kitabı (PRAG) uygulanmak durumundadır. Bu bakımdan PRAG, Program Otoritesi İdarelerin tabi oldukları kamu satın alma kurallarıdır. Bu yönüyle İdarelerin ihale öncesi ve esnasında uymaları gereken kurallar bu dokümanın temel kapsamını oluşturmaktadır. Diğer bir yandan, PRAG, ihale sürecinde olduğu gibi, sözleşmelerin imzalanmasından sonra da geçerli olan önemli hükümleri içermektedir. Sözleşme kapsamında kalıcı işlerin yapısına katılacak malzemelerin menşei kuralı gereğince kabul edilen ülkelerden birinden menşei olması, aynı kapsamda uyruk kuralı gereğince müteahhitlerin ve işin bir kısmını kendi sorumlulukları altında üçüncü kişilere taşere ettikleri durumlarda bu taşeronların da mevzuatta kabul edilen yerlerde kurulmuş olmaları İdarelerin sözleşme boyunca kontrol etmeleri gereken alanlardan ikisidir. Tez sahibi, inşaat işlerinde kullanılacak kalıcı nitelikteki malzeme listesinin çok uzun olabileceğinden ötürü, bu malzeme menşeiilerinin müşavir mühendis

tarafından kontrol edilerek İdare'ye menşei şahadetnamelerine ilişkin ödemeye esas icmal listesi göndermesi ve bu hususun danışmanlık hizmet sözleşmesinde açık olarak yer almasını önermektedir. Bununla birlikte, inşaat sözleşmelerinin uygulamalarında alt müteahhitlere yönelik olarak dikkat edilmesi gereken tek husus uyruk kuralı değildir. Asıl müteahhitlere uygulanan ihraç sebepleri alt müteahhitlere de uygulandığı için ihale dosyasında belirtilmemiş, sözleşmenin imzalanmasından sonra asıl müteahhit tarafından işe alınmış olan alt müteahhitlere yönelik uygunluk sorgulamasının İdare tarafından yapılması ve/veya İdare'nin onayının alınması gerekmektedir. Bu sorgulamaya yönelik kriterler hem PRAG'da hem de KİK'te yer almaktadır. Her ikisini içerecek konsolide bir belge bulunmadığı tespit edilmiş ve bu açık tez sahibi tarafından hazırlanan bir belge ile doldurulmuştur. IPA mevzuatı, fonlardan yararlanan ülkelere, bu fonları kullanılarak yürüttükleri projelerde AB eş finansmanının toplum tarafından azami düzeyde algılanmasını sağlayacak ve katkılarını gösterecek görünürlük faaliyetlerini şart koşturmaktadır. Sözleşmelerin imzalanması sonrasında bu ilkenin AB ve Türkiye taraflarının üst düzey bürokratları ile siyasi karakterlerinin katılımlarıyla gerçekleştirilecek temel atma töreni ve açılış töreni ile şantiye sahalarına asılacak proje levhaları yoluyla sağlanması önerilmiştir. Kamu malını sağlam mali yönetim prensibi uyarınca doğru şekilde kullanmak zorunda olan İdarelere, proje yönetiminde görev alan personeli ile ilk seviye kontrollerinde görev ifa eden tüm aktörlerle müteahhit arasındaki iş ahlakına aykırı olabilecek her türlü yakınlığı çıkar ilişkisi yönünden dikkatle gözlemleri ve gerekli görülen durumlarda görev değişikliğine gitmeleri tavsiyesinde bulunulmuştur.

Bir inşaat sözleşmesinin uygulanması aşamasında öngörülemez durumlar nedeniyle inşaatın ilk başta anlaşılan şartlarda tamamlanmasının mümkün olmaması durumunda sözleşmede değişiklik yapma gerekliliği ortaya çıkabilmektedir. Bir ihale sonucunda akdedilen sözleşmelerde yapılacak iş değişikliğinin hem ihalede sağlanan rekabet ortamı açısından hem de sözleşme hükümleri gereği değiştirdiği şartlar açısından etkisi olmaktadır. Bu açıdan ele alındığında, iş değişiklikleri usul ve esas yönünden hem PRAG satın alma kurallarında hem de sözleşme şartnamelerinde belirli koşullara tabi tutulmuşlardır. PRAG'da yapılan düzenlemede *hangi durumlarda* ve *hangi şekilde* iş değişikliği yapılabileceği belirtilmiş, yine bu kapsamda öngörülemez durumlardan ötürü zorunluluk addeden ilave işlerin aynı

müteahhite yaptırılabilmesinin bir müzakere usulüyle olabileceği ve sözleşme bütçesi ile sözleşme süresini uzatabilecek bir değişikliğin zeyilname yoluyla olması gerektiği ifade edilmiştir. İdarelerin sözleşme yönetiminde sıklıkla karşılaştıkları bu hususta PRAG'da düzenlenen metodoloji incelenmiş ve usulün AB tarafından doğru formülüne edilmediği tespitinde bulunulmuştur. Tez sahibi, aynı müteahhite yaptırılacak ilave işlerde müzakere komisyonunun toplanması, bu komisyonca bir rapor yazılması ve onaylanmasının geçerli olan idari şartname hükümleriyle çelişmesi ve sözleşmenin kurgusuyla tutarsızlığa düşürmesi sebepleriyle gereksiz ve inşaatı baltalayıcı bir yol olduğunu düşünmektedir. Bununla birlikte bir iş değişikliğinin başlangıçtaki sözleşmenin genel hükümleriyle ortaya koyduğu yapı içinde kalması, başlangıçtaki sözleşmenin başarıyla tamamlanabilmesi için elzem olması ve ihale dönemindeki rekabet koşullarını hiçbir şekilde değiştirmemesi açılarından İdareler tarafından sıkı bir şekilde incelemeye tabi tutulması gerekmektedir.

Takip eden bölümlerde tip sözleşme kavramı ve gerekliliği tartışılmış, FIDIC standart şartnameleri incelenmiş ve inşaat sözleşmeleri işlerin karmaşıklığı, projelendirme faaliyetleri yapan taraf, inşaat eseri meydana getirilmesi sırasında karşılaşılması beklenen ama önceden bilinemeyecek risklerin mertebesi ve inşaatın tamamlanmasının sonrasında müteahhitin işletme ve bakım sorumluluğunun bulunması açılarından getirilen kriterler yoluyla hangi tip şartname türünün kullanabileceği gösterilmiştir. Bu bağlamda, uygulamada en çok kullanılan FIDIC Kırmızı ve Sarı Kitaplar değerlendirilmiştir. İş kapsamının; uygulama projeleri ve mahal listeleriyle net olarak belirlenebildiği Kırmızı Kitabın aksine, İdareler tarafından verilen ön/kesin projeler ile İşverenin Şartları ile belirlendiği Sarı Kitaba göre yapılacak işlerde İşverenin Şartları hazırlanırken çok dikkatli olunması ve konuya büyük titizlikle yaklaşılması önerilmiştir. İlave olarak, tasarım sorumluluğu ile ücret esaslı ilişkisi FIDIC ve YİĞŞ boyutlarında karşılaştırılmıştır. Her ikisi de götürü bedel ücretlendirme esasını benimsiyor olsa da; ihale zamanında isteklilerin tekliflerine temel teşkil edecek bilgi ve belgelerin aynı olmaması, ihale öncesinde İdare tarafından yapılmayan arazi ve zemin etütlerinden götürü gerekli olan zemin iyileştirmelerinin sözleşme bütçesine ilave maliyet olarak yansıyor oluşu, iş kapsamının KİK'te olduğu gibi net belirlenememesi ve proje yetersizliğinin getirdiği

risklerin isteklilerin teklif fiyatına yansımından ötürü FIDIC Sarı Kitapla ihale edilen işlerin KİK'e göre ihale edilen işlere göre daha yüksek maliyetle neticelendiği tespit edilmiştir. Bu bakımdan, IPA fonlarıyla finanse edilen inşaat projelerinde de KİK'te olduğu gibi ihale öncesinde arazi ve zemin etütlerinin İdarelerce yapılabildiği ölçüde yapılması ve mümkünse uygulama projelerinin, değilse kesin projelerin hazırlanarak ihaleye çıkılması önerilmiştir. Bu sebeple, inşaat projelerinde FIDIC Kırmızı Kitabın kullanılmasının daha doğru olacağı; ancak işin özgün nitelikte olduğu projelerde, işin uzmanı olan isteklilerin ihaleyi kazanmak için en ekonomik tasarım çözümünü bulmaları gereken (endüstriyel tesis gibi) anahtar teslimi işlerde ya da işin karmaşıklığı sebebiyle teknik veya mali özelliklerinin İdare tarafından gerekli netlikte belirlenemediği projelerde FIDIC Sarı Kitabın kullanılmasının daha uygun olacağı tespitinde bulunulmuştur.

Genel olarak eser sözleşmesi, müteahhitin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir. Eser sözleşmeleri nezdinde tarafların yüklendiği borçlar, tezin üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu borçların iyi derecede bilinmesi tarafların hak ve menfaatlerini korumaları açısından büyük öneme sahiptir. Program Otoritesi İdarelerin sözleşme nezdinde en temel vazifeleri iş sahibi vasfıyla eser bedelini ödeme borcudur. Ancak bu edimin ifa edilmesinde Program Otoriteleri, kamu kaynağı kullanıyor oluşlarından ötürü her şeyden önce yapmış oldukları ödemelerin *doğru* olduğunu kontrol etmekle mükelleftirler. Bu bakımdan, götürü bedel sözleşmelerde, ihale sonucunda belirlenen sözleşme bedelini değiştiren iş değişikliklerinin fiyatlarının belirlenmesi ve fiyat farkı ödemeleri ayrı bir öneme sahiptir. Bu kapsamda, yapılması planlanan iş değişikliklerinin usul ve esas yönünden ihale koşullarına uygunluğu değerlendirildikten sonra iş değişikliği sürecinin *kimin tarafından ve nasıl* başlatılacağı, taraflardan *hangi* bilgi ve belgelerin isteneceği ve başlangıçtaki sözleşmede bulunmayan iş kalemlerinin *nasıl* fiyatlandırılacağı FIDIC sözleşme şartları açısından ortaya konulmuştur. Buna göre FIDIC Sarı Kitapta ilave işlerin maliyeti, müteahhitin vereceği teklifin müşavir mühendisçe değerlendirilmesi ve müşavir mühendisin bilgi birikimi ve tecrübesi uyarınca adil bulacağı tutar üzerinden karara bağlanması yoluyla tespit edilmektedir. Tez kapsamında, YİĞŞ'in aksine yine götürü bedel olarak belirlenebilecek bu ilave

işlerin bedellerinin belirlenmesinde Program Otoritesi İdarelerce kullanılabilir bir metodoloji geliştirilmiştir. Bu metodolojinin, Özel İdari Şartname vasıtasıyla sözleşmeye bir kural olarak ilave edilmesi, İdarenin hesap verilebilirlik kriterinin sağlanması açısından önerilmektedir. Götürü olarak belirlenen bedeli değiştirebilecek fiyat farkı uygulamasının ise FIDIC ve KİK açılarından düzenlenmesi karşılaştırılmıştır. Bu kapsamda KİK'teki uygulamanın FIDIC'e göre daha iyi tasarlandığı tespit edilmiştir. Fiyat farkı hesabının uygulanacağı projelerde endeks ve katsayıların İdare tarafından belirlenerek ihale dosyasına konulması, KİK'te olduğu gibi fiyat farklarından verilecek tutarın belirli bir yüzdesi üzerinden ek kesin teminat alınması, müteahhitin kendi kusurundan ötürü geciktiği, ya da bir mücbir sebebin ifa imkânsızlığına yol açması nedeniyle işin geciktiği durumlar için KİK'te olduğu gibi ayrı hükümlerin uygulanması gerektiği gerekçeleriyle birlikte ortaya konulmuştur. İlave olarak, fiyat farklarının sözleşme içerisinde yer alan “yedek akçe” kaleminden ödenmemesi gerektiği, bu tutar için sözleşme bedeline ilave olarak bütçelenme yapılması gerektiği tespit edilmiştir. Konuyla alakalı olarak, AB mali yardımları kapsamında finanse edilen projelerde de uygulanmak üzere Bakanlar Kurulu tarafından bir düzenleme getirilmesi gerekliliğinin altı çizilmiştir.

Program Otoritesi İdarelerin müteahhitlere yapacakları ödemeler; avans ödemesi, geçici hakedişler ve kesin hakediş yollarıyla olmaktadır. Bu açıdan İdarelerin hakediş mantığını, hakediş raporları ile ödeme belgelerinin düzenlenmesi sürecini ve hakedişlerde yer alan ödeme kalemlerinin hesap yöntemlerini iyi bilmeleri önem arz etmektedir. Aksi takdirde, ödemelerin *doğru* yapıldığını garanti altına almaları ve bunu desteklemeleri mümkün değildir. Bu sebeple, tezde bir hakedişin *hangi* bilgi ve belgelerden oluşması gerektiği ve hakedişlerin hazırlanması, belgelenmesi ve ödemesi süreçlerinin *kimin tarafından, ne şekilde ve hangi sürede* yapıldığı FIDIC Sarı Kitap şartlarına göre açıklanmıştır. IPA mevzuatında İdarelere ödeme yapmaları için tanınan 77 günlük sürenin bire bir uygulanması yasal bir yol da olsa, hakedişlerin kontrol ve doğrulama denetimini müteakip ivedilikle ödenmesi tavsiye edilmiştir. Hakedişlerde bulunan imalat ve ihzarat kalemlerinin hesap yöntemi de ödemelerin doğruluğu açısından önem arz etmektedir. Tezde, götürü bedelli işlerde hakedişe konu imalat kalemlerinin fiziki porsantaj oranlarının tespitinde teklif birim fiyatlı işlerde olduğu gibi miktar hesabına gidilmesi gerektiği;

ancak toplam iş miktarının sözleşme boyunca sürekli olarak güncellenmesi gerektiği ortaya konulmaktadır. Mali porsantaj oranlarının ise sözleşme öncesinde ihale dosyasında İdare tarafından belirlenmesi ve sözleşme dokümanında bu porsantaj oranlarına yer verilmesi önerilmektedir. Diğer bir ödeme kalemi olan ihzarat ödemesi ise FIDIC Sarı Kitap şartları ile KİK mevzuatı açısından karşılaştırılmış ve KİK'in aksine götürü bedelli işlerde de ihzarat ödemesi yapılabileceği tespit edilmiştir. Bununla birlikte, FIDIC'teki ihzarat ödemesi düzenlemesinin de yetersiz olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda, ihzarat ödemesinin yapılacağı işlerde müteahhitten iş programına ilave olarak ihzarat programı alınması, ihzarat ödemelerinin bu programa uygunluğunun kontrol edilmesi, ihzarat ödemelerinin kümülatif değerine bir üst limit belirlenmesi ve sözleşme şartlarına İdarenin talebi üzerine ihzarat bedeline eşdeğer bir teminat mektubu temin edilmesi şartının ilave edilmesi önerisi getirilmiştir.

Türk hukukuna tabi inşaat sözleşmeleri kapsamında yapmış oldukları işlemlerde İdarelerin IPA mevzuatı ile TBK'dan farklı olarak birçok kanun, yönetmelik ve tebliğler çerçevesinde verilen yükümlülükleri bulunmaktadır. Her biri başka bir yasal düzenlemenin konusu olduğu bu yükümlülüklerin konsolide olarak belirtildiği bir belge bulunmamaktadır. İşbu tezde, bu boşluğu doldurmak ve Program Otoritesi İdarelerin karşılaşılabilecekleri sıkıntılı durumları engellemek için bu yükümlülükler ilgili yasal düzenlemeleriyle birlikte ortaya konulmuştur. Bu bağlamda, işbu tezin Program Otoritesi İdarelere bir kılavuz olması amaçlanmaktadır. İdarelerin hakediş ödemelerinde sorgulamaları gereken üç temel faktör bulunmaktadır. Birinci faktör, 4857 sayılı İş Kanunu açısından işçi alacağıının bulunup bulunmadığıdır. Müteahhit ya da alt müteahhitler tarafından çalıştırılan işçilerin alacaklı olmaları durumunda hakedişlerin ödenmemesi ya da bu alacak miktarlarının hakedişlerden mahsup edilerek işçilere doğrudan ödenmesi tavsiye edilmiştir. İşçi alacağıının tespitinde YİĞŞ'te yer alan düzenlemenin oldukça kullanışlı olduğu tetkik edilmiş, benzer bir düzenlemeye özel idari şartname uyarınca FIDIC'te de yer verilmesi önerilmiştir.

İkinci faktör, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu uyarınca, hakedişlerden önce yapılacak müteahhitlerin SGK'ya muaccel sigorta

primi, işsizlik sigortası primi ve idari para cezası ile bunlara ilişkin gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer fer'ilerinden oluşan borçlarının bulunup bulunmamasıdır. SGK borcunun bulunması durumunda İdareler, bu borcun kapatılmasını teminen hakediş ödemesini bekletebilir ya da hakediş üzerinden belirli bir yüzde kesinti yaparak SGK hesabına yatırabilirler. Bu hususa dair tüm yasal düzenlemelere tezde yer verilmeye çalışılmıştır. Kanun kapsamında İdarelere ayrıca, sözleşmenin imzalanmasını müteakip 15 gün içinde sözleşme ile ilgili belirli bilgileri SGK müdürlüğüne teslim etme ve kesin teminatların iadesinde soğuk damgalı ilişiksizlik belgesi sorgulaması yapma yükümlülüğü verilmiştir. Üçüncü faktör ise, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun açısından müteahhitin Maliye Bakanlığına herhangi bir borcunun olup olmadığıdır. Bu kapsamda İdareler, borcun bulunmadığına dair bir belgeyi teslim almadıkça hakediş ödemelerini gerçekleştirmemelidirler.

Bununla birlikte, Program Otoritesi İdarelerin tabi oldukları yasal düzenlemeler bunlarla sınırlı değildir. IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde oldukça fazla miktarda olan yabancı çalışanların çalışma izinleri ve ikametleri konusunda İdarelere birtakım sorumluluklar yüklenmiştir. Tezde bu sorumluluklar yasal çerçevesiyle ele alınmış, ancak bu kapsamda yeni çıkan 6058 sayılı Kanunun uygulamada yasal boşluk bıraktığı tespit edilmiştir. İlave olarak, IPA fonlarıyla finanse edilen işlerde KDV istisnasının uygulama usul ve esasları belirtilmiş, bu kapsamda İdarelere yüklenen yükümlülükler ortaya konulmuştur. Son olarak, Türk mevzuatına göre yapılan işlerde hakediş ödemelerinden yapılan stopaj kesintilerinin yasal dayanağı aktarılmış ve bu kesintilerin neden IPA mevzuatında yapılmaması gerektiği tartışılmıştır.

Kamu kaynağını kullanan İdareler, IPA fonları altından yürütmekte oldukları inşaat sözleşmeleri kapsamında yapmış oldukları ödemeler yoluyla gerçekleşen harcamalarda, yaygın kanının aksine büyük bir sorumluluk altına girmektedirler. İdareler, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak kullanılmasından ve bu kaynakların kötüye kullanılmaması için gerekli önlemleri almaktan sorumludurlar. Bu da özellikle ilk seviye yönetim ve kontrol sistemlerinin

dikkatli bir şekilde oluşturulması ve etkinliklerinin gözlenmesi sayesinde mümkün olabilmektedir. Bu çerçevede, ilk seviye yönetim ve kontrol sisteminin *nasıl* olması gerektiği, *hangi alanlarda*, *ne şekilde* yapılması gerektiği, *hangi* aktörlerden *ne* görevler beklenmesi gerektiği işbu tezde tartışılmıştır. Buna göre, özel olarak ödemelere ilişkin ilk seviye kontrollerinin taraflarca en iyi derecede yapılabilmesi için hakediş belgelerinin tüm destekleyici dokümanlarıyla birlikte dağıtılması gerektiği tespit edilmiştir. Doğru ödemeler açısından müteahhit ve müşavir mühendisin rolü ve sorumlulukları değerlendirilmiş, herhangi bir suiistimale meydan vermemek için, inşaat sözleşmelerinin günlük olarak izlenerek teknik, fiziki ve mali kontrollerin yapılmasının ve doğrulanmasının; ancak Nihai Yararlanıcı kuruluşlara proje yönetiminde büyük yer verilmesi yoluyla olabileceği ortaya konulmuştur. Bu kapsamda, operasyonel anlaşmalar yoluyla Nihai Yararlanıcılara verilmesi gereken görev, yetki ve sorumluluklar tartışılmış, bu sorumlulukların Nihai Yararlanıcılar bünyesinde oluşturulacak bir kontrol teşkilatıyla yerine getirebileceği sonucuna varılmıştır. İlave olarak, tez sahibine göre Nihai Yararlanıcılar ile müşavir mühendis ve müteahhitlerin proje yönetimindeki ilişkisinin nasıl olması gerektiği ve sözleşmelerde bunun nasıl düzenlenmesi gerektiği açıklanmıştır.

Bununla birlikte, Program Otoritesi İdarelerin ilk seviye yönetim ve kontrol sistemlerinde üstlenmeleri gereken roller de tartışılmıştır. Sağlam mali yönetim ilkesi gereği İdarelerce ödemeler bazında yapılması gereken iş ve işlemler analiz edilmiş, bir geçici hakediş ödemesinde takip edilmesi gereken yol ortaya konulmuştur. Özellikle özel hukuk niteliğindeki IPA sözleşmelerinde hukukçulara duyulan ihtiyaç tartışılmıştır. Bu kapsamda, İdarelere her bir proje için ayrı proje uygulama ekibi kurmaları ve bu ekipte birbirini ikame edebilecek, mühendis ve hukukçulardan müteşekkil sözleşme yöneticileri ile mali kontrolörlerin yer alması önerilmiştir.

Özetle;

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Sonuç ve Öneriler:

- “Eser Sözleşmesi” hükümleri kullanılır.
- Şekil Serbestisi mevcuttur ve her iki tarafa da eşit borç yüklenir.

- Özel hukuk ilişkisi doğar.
- İdarelere daha fazla güç veren KİK düzenlemeleri olmadığından İdari Sözleşmeler değildirler.
- Müşavir Mühendis'in yetkileri sınırlandırılmalıdır.

PRAG Kamu Satın Alma Kuralları Açısından Sonuç ve Öneriler:

- Taşeronların Uyrak Kuralına göre değerlendirilmesi ve İhraç sebeplerine İlişkin Konsolide Kılavuz hazırlanmıştır.
- Menşei Kuralına uygunluğun Müşavir Mühendisçe düzenli olarak yapılması gerekmektedir.
- Görünürlük İlkesini sağlayabilecek öneriler getirilmiştir.
- İş artışlarında Müzakere Usulünün Uygulanmasının yanlış olduğu ortaya konulmaktadır.
- İdarenin iş artışlarındaki rolü değişikliğin idari anlamda "uygunluğunun" kontrolüyle sınırlı olmalıdır.

FIDIC Tip İdari Şartnamesi Açısından Sonuç ve Öneriler:

- FIDIC Sarı Kitapta İşverenin Şartları çok iyi çalışılmalıdır.
- Arazi ve zemin etütleri mümkün olan düzeyde yapılmalıdır.
- Uygulama Projeleriyle ihaleye çıkmak tercih edilmelidir.
- FIDIC Sarı Kitaba göre çıkılan ihaleler KİK'e göre daha pahalıya gelmektedir.
- İnşaat İşlerinde FIDIC Kırmızı Kitap daha uygundur. Sarı Kitap endüstriyel tesis inşaatlarında kullanılmalıdır.

Diğer Yasal Yükümlülükler Açısından Sonuç ve Öneriler:

- Konsolide bir doküman hazırlanmıştır. Program Otoritesi İdarelerin kullanması tavsiye olunur.

- İşçi Alacaklarının sorgulanma usul ve yöntemi KİK'te olduğu şekliyle kullanılmalıdır.
- Yabancıların Çalışma İzinlerine İlişkin olarak 4817 sayılı Kanun'la 6458 sayılı Kanun arasında oluşan mevzuat boşluğu giderilmelidir.

Sözleşmede Bulunmayan İşlerin Fiyatlarının Tespiti Açısından Sonuç ve Öneriler:

- Sözleşmede bulunmayan işlerin fiyatlarının tespiti Müşavir Mühendis'e bırakılmamalıdır.
- Kullanılabilecek analizler için kısımlı fiyat teklifi istenmelidir.
- Benzer olmayan işlerde fiyatların götürü bedel olarak belirlenebilmesi için kullanılabilecek bir metot geliştirilmiştir. Program Otoritesi İdarelerin kullanması tavsiye olunur.

Fiyat Farkı Uygulaması Açısından Sonuç ve Öneriler:

- Fiyat farkının uygulanacağı projelerde endekslerin KİK'te olduğu gibi detaylı olarak İdare tarafından belirlenmesi gereklidir.
- Fiyat farkı olarak verilen tutarın belirli bir yüzdesi üzerinden ek kesin teminat alınması düşünülebilir.
- Gecikme durumlarında nasıl uygulanacağına ilişkin olarak ayrı hükümlerin belirtilmesi elzemdir.
- Yedek Akçe'den ödenmemesi gerekmektedir.
- Bakanlar Kurulu tarafından bir düzenleme çıkarılmalıdır.

Hakediş Belgeleri Açısından Sonuç ve Öneriler:

- Hakediş belgesi İdare tarafından da mutlaka kontrol edilmelidir.
- Hakediş belgesi tüm ekleriyle birlikte alınmalıdır.
- Hakediş en kısa süre içinde ödenmelidir.

- Fiziki porsantajların tespitinde miktar hesabına gidilmelidir.
- Toplam iş miktarının sözleşme boyunca güncellenmesi gerekmektedir.
- Mali porsantaj kısımlarının İdare tarafından verilmesi uygun olacaktır.

İhzarat Ödemeleri Sonuç ve Öneriler:

- Götürü bedelli işlerde de ihzarat ödemesi yapılması uygundur.
- İhzarat malzemelerinin birim fiyatları ihale dokümanında gösterilmiş olmalıdır.
- İhzarat programı alınmalı ve takibi yapılmalıdır.
- Kümülatif değerine bir üst limit konularak suiistimali engellenmelidir.
- Gerekli görüldüğü durumda ihzarat bedeline eşdeğer teminat mektubu alınmalıdır.

İlk Seviye Yönetim ve Kontrol Sistemleri Açısından Sonuç ve Öneriler:

- Sağlam mali yönetimi sağlayacak bir sistem önerilmiştir. Program Otoritesi İdareler tarafından kullanılması tavsiye olunur.
- Müşavir Mühendis ilk seviye kontrollerde yetersizdir.
- İdare, Müşavir Mühendis'i doğrudan, Müteahhit'i dolaylı olarak denetlemek zorundadır.
- Denetimler; idari, teknik, fiziki ve finansal olmak üzere dört şekilde yapılmalıdır.
- Özellikle nihai faydalanıcı kurumlar "Kontrol Yönetmeliği" benzeri bir teşkilatlanmaya gitmelidirler.
- Program Otoritesi Bakanlıklarda projelerden sorumlu bir ekip olması ve Mühendis- Hukukçu işbirliği önerilmiştir.
- Hatalı bulunan iş ve işlemler derhal düzeltilmelidir.
- Hakediş kontrol ve onay süreci üzerine çalışma yapılmıştır.

KAYNAKÇA

80/2010 sayılı 28/01/2010 tarihli Komisyon Tüzüğü, AT Resmi Gazetesi, L 25, 29/01/2010, syf:1-9

718/2007 sayılı 12 Haziran 2007 tarihli 1085/2006 sayılı Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA)nın Uygulanması konulu Komisyon Tüzüğü, AT Resmi Gazetesi, L 170, 29/06/2007, syf:1-66

818 sayılı Borçlar Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 366, 8 Mayıs 1926

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 10700, 6 Ocak 1961

1085/2006 sayılı 17 Temmuz 2006 tarihli Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA)nın Kurulması konulu Konsey tüzüğü, AT Resmi gazetesi L 210, 31/07/2006, syf: 82-93

2008-88 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Genelgesi, 30 Ekim 2008

2008/14450 sayılı Avrupa Topluluğu ve Türk Hükümeti Arasında Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA) ile Temin Edilen Yardımın Uygulanması Çerçevesinde Türkiye Cumhuriyetine Sağlanan Avrupa Topluluğu Mali Yardımlarıyla İlgili İşbirliği Kuralları Hakkında Çerçeve Anlaşma, Resmi Gazete, Sayı: 27090 (Mükerrer), 24 Aralık 2008

2009/18 sayılı Başbakanlık Genelgesi, Katılım Öncesi AB'den Sağlanacak Fonların Yönetimi, Resmi Gazete, Sayı: 27422, 4 Aralık 2009

2010/1217 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avrupa Komisyonu Arasında Türkiye'ye İlişkin Bölgesel Kalkınma Bileşeni Altındaki Katılım Öncesi Yardım Aracından Sağlanan Topluluk Yardımına Yönelik Çok Yıllı Ulaştırma Operasyonel

Programı ile İlgili Finansman Anlaşması ve bu Anlaşmayı Değiştiren Anlaşma, Resmi Gazete, Sayı: 27800, 29 Aralık 2010

2011/15 sayılı Başbakanlık Genelgesi, Katılım Öncesi AB'den Sağlanacak Fonların Yönetimi, Resmi Gazete, Sayı: 28088, 18 Ekim 2011

2012/4147 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avrupa Komisyonu Arasında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avrupa Komisyonu Arasındaki Türkiye'ye İlişkin "Bölgesel Kalkınma" Bileşeni Altındaki Katılım Öncesi Yardım Aracından Sağlanan Topluluk Yardımına Yönelik Çok Yıllı "Ulaştırma" Operasyonel Programı ile İlgili Finansman Anlaşmasını Değiştiren Finansman Anlaşması, Resmi Gazete, Sayı: 28532 (Mükerrer), 18 Ocak 2013

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 24648, 22 Ocak 2002

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Fiyat Farkına İlişkin Esaslar, Resmi Gazete, sayı: 28751, 31 Ağustos 2013

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Resmi Gazete, Sayı: 24648, 22 Ocak 2002

4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, Resmi Gazete, sayı: 25040, 6 Mart 2003

4857 sayılı İş Kanunu, Resmi Gazete, Sayı: 25134, 22 Mayıs 2003

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 25326, 24 Aralık 2003

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 2600, 16 Haziran 2006

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 26205, 21 Haziran 2006

5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, Resmi Gazete, sayı: 7564, 24 Temmuz 1950

5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Resmi Gazete, sayı: 26898 (Mükerrer), 6 Haziran 2008

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 27836, 4 Şubat 2011

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Resmi Gazete Sayı: 27846, 14 Şubat 2011

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Resmi Gazete, sayı: 8469, 28 Temmuz 1953

6456 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmi Gazete, sayı: 28622, 18 Nisan 2013

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Resmi Gazete, sayı: 28615, 11 Nisan 2013

AB Dış Yardımları İhale ve Hibe El Kitabı, 07/04/2014, Avrupa Komisyonu resmi internet sitesi,

<http://ec.europa.eu/europeaid/prag/document.do;jsessionid=vq1BTqzGJQDhSBJXQZf0LdP7KJWT8lhSK6ckgylkmVfppY8TyhJC!-1077252987>, son erişim: 12/08/2014

ABGS Resmi İnternet Sitesi, Türkiye-AB Mali İşbirliği, 05/02/2013,

<http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=5&l=1>, son erişim: 22/07/2014

Akkurt, Sinan Sami, Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:10, Sayı: 2, 2008, Syf: 13-64 (Basım Yılı: 2010)

Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2003

Avrupa Komisyonu resmi internet sitesi, The Funds- Instrument for Pre-Accession Assistance (IPA), 23/04/2012,

http://ec.europa.eu/regional_policy/thefunds/ipa/index_en.cfm, son erişim: 22/07/2014

Axel-Volkmar Jaeger ve Götz,-Sebastian Hök, FIDIC-A Guide for Practitioners, Springer, 2010, syf:2

Aydemir Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2009

Aydın, Yakup, FIDIC Sözleşmeleri, sayder.org.tr

<http://www.sayder.org.tr/e-dergi-fidic-sozlesmeleri-9-32.pdf>, son erişim: 30/07/2014

Baygın, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999

Burcu Özcan, Yapısal Fonlar ve Uyum Fonuna Hazırlık: Türkiye'nin Ulaştırma Operasyonel Programı, Avrupa Birliği Uzmanlık Tezi, Eylül 2007

Canbaz (Karaosmanoğlu), Ayşe Tuba, Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Alım Satım Aktinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Ankara Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008

Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Resmi Gazete, sayı: 24942, 26 Kasım 2002

Dayınlarlı Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara, 2007

Dayınlarlı, Kemal, Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü İnşaat Sözleşmeleri Hukuku Lisansüstü Sertifika Programı Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri dersi ders notları, 2013

Duman, İlker Hasan, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, 2008

Ergezen, Muaz, İnşaat Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı (Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2004

FIDIC İnşaat İşleri İdari Şartnamesi, FIDIC, 1999

FIDIC resmi internet sitesi, fidic.org

<http://fidic.org/about-fidic>, son erişim: 30/07/2014

FIDIC Tesis ve Tasarla-Yap Modeli İnşaat İşleri İdari Şartnamesi, FIDIC, 1999

FIDIC, The FIDIC Contracts Guide, 2000

FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, 1999

Hukuki.net, Yargıtay İçtihatları Bölümü

http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Hukuk_Genel_Kurulu_13_208.php , son erişim: 29/07/2014.

İnal, Tamer, Uluslararası Mimarlık-Mühendislik Standart Sözleşmelerinin, Meslek Birliklerine Özgü Uluslararası Nitelikte Hukuk Yaratması, Özellikleri, Yarar ve Sakıncaları, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 51-52, syf: 218-249

İstanbulbarosu.org, Yargıtay Kararları,

<http://www.istanbulbarosu.org.tr/proje/dergi/10/files/assets/basic-html/page272.html>

, son erişim: 29/07/2014

Kamu İç Kontrol Standartları Tebliği m. 9, Resmi Gazete, sayı: 26738, 26 Aralık 2007

Karahasan, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, İstanbul, 1997

Karataş, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2004

Kontrol Yönetmeliği, Resmi Gazete, sayı: 16745, 5 Eylül 1979

Koparan, M. Reşat, Uzlaşmada Edimin Konusu, Uzlaşma Uygulamalarının Geliştirilmesi Proje Toplantıları, 12-13 Haziran 2008

Mazars Sirküleri, Sayı: 2014/053, 11/03/2014

Odyakmaz, Zehra, Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri,
http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_12.pdf, son erişim: 02/08/2014

Öksüz, Nevra – Türk Hukuk Sitesi, Eser Sözleşmeleri ve Cezai Şart,
http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1480.htm, erişim: 24/07/2014

Sarioğlu, Hasan Fırat, FIDIC Standart Sözleşmeleri ve Bir İnşaat Projesinde Sözleşme Uygulamasının İncelenmesi, Yıldız Teknik Üniversitesi FBE İnşaat Mühendisliği Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009

Şekerci, Sena, Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi, Başkent Üniversitesi, SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010

Sosyal Güvelik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete, 27012 2. Mükerrer, 29 Eylül 2008

Tahsilat Genel Tebliği Seri:A Sıra No:2, Resmi Gazete, 26921, 29 Haziran 2008

Türk Dil Kurumu resmi internet sitesi, tdk.gov.tr,
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53e7224f60aa48.12994732 , son erişim: 24/07/2014

Türkiye- Avrupa Birliği Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA) Çerçeve Anlaşması Genel Tebliği (Sıra No:1), Resmi Gazete, sayı: 27222, 8 Mayıs 2009

Türkiye- Avrupa Birliği Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA) Çerçeve Anlaşması
Genel Tebliğ (Sıra No:2), Resmi Gazete, sayı: 28907, 8 Şubat 2014

Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği, Resmi
Gazete, sayı: 25214, 29 Ağustos 2003

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, Resmi Gazete, sayı: 24942, 26 Kasım
2002

EKLER

EK-1

AVRUPA KOMİSYONU TARAFINDAN YAPILAN ÖN KONTROLE TABİ İŞLEM LİSTESİ

Süreç	Avrupa Komisyonu Tarafından Yapılan Ön Kontrol Tabi İşlem Listesi
	Hizmet Alımı, Mal Tedarik ve Yapım İşleri Sözleşmeleri
	<i>İhale Prosedürü</i>
PR	(1) Rekabetçi Diyalog kullanımı
PR	(2) Müzakere Prosedürü kullanımı
PR	(3) 5.000.000 Euro'dan yüksek meblağlı işlerde belirli istekliler arasında sınırlı ihale prosedürünün kullanımı
	<i>Yayımlar</i>
PR	(4) Ön İhale İlanının yayınlanması
PR	(5) İhale İlanının yayınlanması
PR	(6) İhale sırasında yapılacak düzeltmelerin yayınlanması
PR	(7) Yerel Açık İhale Usulünde isteklilerin daha detaylı bilgi alabilmeleri için verilecek referansın yayınlanması
TE	(8) İhale zamanında ilave bilgilerin yayınlanması
PR	(9) İhale sonucunun yayınlanması
PR	(10) İhale iptalinin yayınlanması
	<i>Değerlendirme Komisyonu</i>
EC	(11) Değerlendirme Komisyonu kompozisyonunun onaylanması
EC	(12) Değerlendirme Komisyonunun faaliyetlerini takip edecek gözlemcinin onaylanması
EC	(13) Diğer gözlemcilerin onaylanması
	<i>Hizmet Alımı İhalelerinde Kısa Listenin Oluşturulması</i>
ER	(14) Seçim kriterlerini sağlayan uygunluğa sahip isteklilerin dörtten az olması durumunda kısa listenin onaylanması
ER	(15) Sözleşme Makamı tarafından hazırlanan kısa liste değerlendirme raporunun onaylanması
	<i>İhale Dosyası ve Değerlendirmesi</i>
TE	(16) İhale Dosyasının onaylanması
TE	(17) PRAG'da özel olarak belirtilen derogasyonların ön onayı (örnek. tekliflerin verilmesi için standart olarak belirlenen hizmet sözleşmeleri için 50 gün; mal tedarik sözleşmeleri için 60 gün; yapım işleri sözleşmeleri için 90 günlük süreleri öne çekmek)
TE	(18) Menşei ve Uyruluk Kurallarına getirilecek derogasyonların ön onayı
TE	(19) Karmaşık mal tedarik sözleşmelerinde en düşük teklif yerine kalite-fiyat kombinasyonunun ihale sonucunda kriter olarak belirlenmesi. Duruma göre değerlendirmede teknik destek alınması için ön onay
ER	(20) İhale Değerlendirme Raporunun onaylanması
PR	(21) İhalenin iptal edilmesi için ön onay alınması
	<i>Uzmanların Sağlanması ya da Değiştirilmesi</i>
AD	(22) Sözleşmenin feshedilmesi için ön onay alınması
AD	(23) Uzmanların değiştirilmesi için ön onay alınması
	<i>İhalenin Sonuçlandırılması ve Sözleşmenin İmzalanması</i>
CR	(24) Başarılı İstekliye ihaleyi kazandıklarına dair bildirim yapılmasından önce alınacak ön onay
CR	(25) Sözleşmenin imzalanması için ön onay
CR	(26) Bilgilendirme amaçlı/ son olarak başarılı istekli tarafından imzalan sözleşmenin iletilmesi
	<i>Sözleşmelerde Yapılacak Zeyilnameler</i>
AD	(27) Zeyilnamenin ön onayının alınması
AD	(28) Bilgilendirme amaçlı/ son olarak başarılı istekli tarafından imzalan zeyilnamenin iletilmesi

ALT MÜTEAHHİTLERDEN İSTENECEK BELGELER

1. 4734 sayılı Kanun'un 10. Maddesinin ihale dışı bırakılanlar fıkrasının a ve b şıklarına ilişkin Ticaret Sicil Müdürlüğünden alınacak "İflas ve Konkordato Belgesi"
2. Ticaret Odasından alınacak Faaliyet Belgesi
3. 4734 sayılı Kanunun 10. Maddesinin ihale dışı bırakılanlar fıkrasının c şıkkı uyarınca SGK'dan alınacak "Sosyal Prim Borcu Yoktur" yazısı
4. 4734 sayılı Kanunun 10. Maddesinin ihale dışı bırakılanlar fıkrasının d şıkkı uyarınca Gelir İdaresi Başkanlığı'ndan alınacak vergi borcunun bulunmadığı yazısı
5. 4734 sayılı Kanunun 10. Maddesinin ihale dışı bırakılanlar fıkrasının e şıkkı uyarınca yetkili kişinin adli sicil kaydı bulunmamaktadır yazısı
6. 4734 sayılı Kanunun 10. Maddesinin ihale dışı bırakılanlar fıkrasının g şıkkı uyarınca Ticaret Odası'ndan alınacak Geçici ya da Sürekli Olarak Oda Üyeliğinden Çıkarma Cezası verilmediği yazısı
7. 4734 sayılı Kanunun 10. Maddesinin ihale dışı bırakılanlar fıkrasının g şıkkı ile aynı Kanunun 58. Maddesi ile 4735 sayılı Kanununun 26. Maddesi uyarınca Ticaret Odasından alınacak İhale Yasağı Yoktur yazısı
8. 4734 sayılı Kanunun 10. Maddesinin ihale dışı bırakılanlar fıkrasının f, h ve i şıklarında anılan hususlar ile aynı kanunun 11. Maddesinde ele alınan hususlara uygun olduğunun firma yetkilisince imzalı taahhüdü.

9. PRAG 2.3.3 uyarınca ihaleden ihraca sebep olabilecek bir durumun olmadığına dair firma yetkilisince imzalı taahhüt.:

“Our firm does not fall into any of the situations listed under Grounds for Exclusion in accordance with Article 2.3.3 of PRAG. Please find the documentary proofs. We also hereby declare that our situation has not altered in the period that has elapsed since the evidence in question was drawn up.”

10. PRAG 2.3.3 uyarınca Uyruluk Kuralına uyulduğunu gösterir belge. Türk firmalar için Noter onaylı Ticaret Sicil Gazetesi örneği (Kuruluş Belgeleri).

11. Önerilen alt müteahhitin’in banka hesap no’su

12. Firma yetkilisinin imza sirküleri örneği

13. Yukarıdakilerin hepsinin İngilizce çevirileri

14. Alt müteahhit onaylandıktan sonra asıl müteahhit ile alt müteahhitin bir sözleşme yapması ve bir örneğini İdareye vermesi gerekmektedir.

Sözleşmesel Gereksinimler:

1. Asıl müteahhit ve alt müteahhit tarafından imzalı Alt Yüklenici Sözleşme Bedeli
2. Planlanan ve gerçekleşen durumu ile bedellerin belirtildiği ve (%... sınırında¹²⁵) kalındığını gösterir alt müteahhit durum tablosu. Düzenli olarak revize edilecek ve asıl müteahhit tarafından imzalanacak.
3. Alt müteahhitin planlanan başlama tarihini gösterir belge (En az 28 gün önce sunulmalıdır.)

¹²⁵ Sözleşmede alt yüklenicilere yaptırılacak işlerin kümülatif tutarı için bir sınır belirlenmişse

EK-3

ÇALIŞMA İZİNİ MUAFİYET BELGESİ ÖRNEĞİ

Sayı :/.../.....

Konu : Çalışma İzni Muafiyeti

İLGİLİ MAKAMA

21.01.2010 tarih ve 27469 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in 7/1-j maddesinde, Türkiye Avrupa Birliği Mali İşbirliği Programları kapsamında yürütülen projelerde görevlendirilen yabancı uzmanların, görevleri süresince çalışma izni almalarına gerek bulunmadığı hükmü yer almaktadır.

Bu kapsamda, Avrupa Birliği tarafından finanse edilmekte olan “.....” projesi kapsamında hizmetlerini yürütecek olan ile Bakanlığımız arasında .../.../..... tarihinde referans numaralı sözleşme akdedilmiştir. Sözleşmenin resmi başlangıç tarihi .../.../..... olup, uygulama süresi aydır.

Söz konusu sözleşme kapsamında, firması çalışanı ve sözleşmede görevini ifa edecek olan “.....” (..... **vatandaşı**) sözleşmede görevli olduğu süre boyunca (.../.../.... - .../.../.....) proje uygulama ofisinin bulunduğu ilinde görev yapacaktır.

Adıgeçene .../.../..... tarihine kadar “çalışma” meşruhatlı vize ve “çalışma” meşruhatlı ikamet tezkeresi sağlanması müsterhamdır.

Bu belge adı geçen kişinin talebi üzerine düzenlenmiştir.

Bakan a.
Müsteşar Yardımcısı
Program Otoritesi Başkanı

EK: Pasaport fotokopisi (1 sayfa)

DAGITIM:

Gereği:

T.C. Başkonsolosluğu

Bilgi:

T.C. Dışişleri Bakanlığı

T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı

T.C. Valiliği

EK-4

**FIDIC SARI KİTABA GÖRE YAPILAN GÖTÜRÜ BEDEL İNŞAAT
SÖZLEŞMESİ ÖRNEK HAKEDİŞ KAPAĞI**

INTERIM PAYMENT CERTIFICATE NO: (Up to end of ...)

INTERIM PAYMENT CERTIFICATE NO:

NO	DESCRIPTION	CONTRACT AMOUNT	AMOUNT EURO		
		EURO	Previous Cumulative	Current Certificate	Cumulative to Date
			A	B = (C - A)	C
1	Contract Work				
2	Provisional Sums				
3	Variations				
4=1 to 3	SUB TOTAL [SC 14.3 (a)]				
5	Changes in Legislations				
6 = 4 + 5	SUB TOTAL (Amount to be adjusted)				
7	Adjustments for Changes in Cost [SC 14.3 (b)]				
8	SUB TOTAL [SC 14.3 (b)]				
9 = 8 x ...%	... % Retention [SC 14.3 (c)]				
10 = 8 x ...%	Advance Payment or Recovery [SC 14.3 (d)]				
11 = 8 + 9 + 10	SUB TOTAL [SC 14.3 (a)+(b)+(c)+(d)]				
12	Plant and Materials [FIDIC 14.5]				
13	Amount withheld to Contractor [FIDIC 14.6 (a)]				
14	Amount withheld to Contractor [FIDIC 14.6 (b)]				
15	Liquidated Damages [FIDIC 8.7]				
16	Interest on deferred payment [FIDIC 14.8]				
17	Resolutions of claims [FIDIC 20.1]				
18 = 12 to 17	SUB TOTAL [SC 14.3 (e) and (f)]				
19=(8+18)	SUB TOTAL [SC 14.3 (a) to (f)]				
21	SUMMARY of AMOUNTS DUE [SC 14.6] (19+9+10)				
22	NET PAYABLE AMOUNT BY THIS CERTIFICATE				
All Amounts are exclusive of VAT					
Application For Payment by (Contractor) Name : Contractor Representative: Date :/...../.....			Certified for Payment by (Engineer) Name: Engineer : Date :/...../.....		
Endorsement by the End Recipient					

İLK SEVİYE YÖNETİM VE KONTROL SİSTEMİNİN ÖDEMELER AÇISINDAN İŞLEYİŞİ

