

Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Tanımı ve Konusu

Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Tanımı ve Konusu

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun adında yer alan “kamu ihale sözleşmeleri” ifadesi, Kanunun genel gerekçesinde de değinildiği üzere, Avrupa Birliğinin kamu alımları direktiflerinde kullanılan terminolojinin bir yansımasıdır.

KİSK. m. 4’de, bu kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin, kamu sözleşmesi olduğu belirtildikten sonra, bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği, anılan Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahip olacağı, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği, Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensibin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Böylece geçmiş yıllarda idarece empoze edilen, idareye üstünlük sağlayan sözleşmeler yerine, hem özel hukuka hem de uluslararası hukuka uygun kamu ihale sözleşmelerinin kurulması öngörölmüştür

Buna göre kamu ihale sözleşmelerini, kamu idarelerinin ihtiyaçlarının karşılanması için gerçek veya tüzel kişilerle kamu ihale usulü uygulanarak yaptığı sözleşmeler olarak tanımlayabiliriz. KİK. m. 4’e göre sözleşme, mal veya hizmet

alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında imzalanan yazılı anlaşma olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda kamu inşaat sözleşmelerini, kamu ihale mevzuatı hükümleri kapsamında, idarelerin Kamu İhale Kanununa göre yapacakları yapım işleri ihaleleri sonucunda, idare ile yüklenici arasında imzalanan yazılı anlaşma olarak tanımlanmıştır

Bir yapım işinin Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa tabi olabilmesi öncelikle, sözleşmenin karşı tarafının (müteahhit- yüklenici) ihale yöntemlerinden birine göre belirlenmiş olması gerekir.

KİK. m. 4'e göre yapım işleri; *"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 işleri"* olarak düzenlenmiştir.

Anılan düzenleme her ne kadar "Tanımlar" kenar başlığını taşımakta ise de, kanun koyucu tarafından yapım kavramı tanımlanmamış, aksine uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri en aza indirebilmek amacıyla her bir alım konusunun hangi gruba girdiği açıkça belirtilmek suretiyle tek tek sayma yöntemi benimsenmiştir.

Ancak bu belirleme sınırlı sayıda olmayıp "gibi her türlü inşaat işleri" ve "benzeri yapım işleri" ifadeleri

kullanılarak maddede yer verilen belli başlı yapım işleri dışında benzer özellikler taşıyan diğer yapım işlerinin de bu kapsama dahil edilebilmesine imkan tanınmıştır

Kamu İhale Genel Tebliğinin 64.1. maddesinde de, Kamu İhale Kanununun yapım işlerini tanımlarken işleri sayma yöntemiyle belirlediği ve sayılan işlere nitelik itibarıyla benzer işleri de söz konusu iş kapsamında kabul ettiği açıklamasına yer verilmiştir. Anılan düzenlemede, yapım işleri arasında sayılmayan bir işin yapım işi olarak kabul edilebilmesi için, bu işin yapılma tekniğinin ismen sayılan işlere benzerliği yanında, uygulama projesini ya da kesin projeyi de kapsayan teknik şartname gerektirmesi, yapım müteahhidinin uzmanlık alanına giren işlerden olması, vasıfsız işgücünden ziyade malzeme, makine ve ekipman girdisinin ağırlıklı olduğu işlerden olması ve istisnalar dışında, fen ve sanat kurallarına uygun olarak bir eserin meydana getirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Kamu İhale Kanununda, nakliye (taşıma) işlerinin “yapım” tanımını içinde düzenlenmesi kanaatimizce de isabetli olmamıştır (KİK. m. 4). Zira iş görme borcu doğuran hukuki ilişkilerin istisna sözleşmesi kapsamında kabul edilebilmesi için iş görme sonucu ortaya çıkan görünümün iş sahibi açısından bir yenilik arzemesi ve bu yeniliğin hukuki ve fiili bir değere sahip olması gerekir. Kaldı ki taşıma sözleşmelerine dair özel hükümler bulunmaktadır ve bu hükümlerde boşluk bulunması durumunda da taşıma sözleşmelerine vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir. Bu özellikleri göstermeyen taşıma işlerinin yapım işleri kapsamında kabul edilmesi bu yönüyle doğru olmamıştır. Ayrıca, aynı hükümde geçen “hizmet” tanımında da⁴¹ taşıma işlerine yer verilerek çelişkili bir düzenleme yapılmıştır.

Tanımda ki bir diğer isabetsizlik, “büyük onarım” işlerinin yapım işlerine dahil olacağı düzenlenmişken, yine aynı maddede geçen “hizmet” tanımında da, “bakım ve onarım” ın yer

almasından kaynaklanmaktadır. Bakım ve düzeltme işleri yapım işlerinin (istisna sözleşmesinin) geniş anlamda meydana getirme tanımına dahil iş görme eylemleridir. Bu iş görme eylemleri sonucunda ortaya çıkan sonuç, maddi olsun veya olmasın bütünlük arzeden yeni bir edim sonucu şeklinde ise artık ortadaki sözleşmenin yapım işi olduğundan şüphe duymamak gerekir. Kanun koyucunu ne miktarın üzerindeki bakım ve onarım işlerinin yapım işine dahil olacağını belirtmiş değildir. Bu sebeple “büyük” kelimesinin nasıl anlaşılması gerektiği belli değilken, ihale mevzuatına bakılarak, bakım ve onarım işinin hizmet mi yapım işi mi olduğunu tayin etmek mümkün değildir. Bu konuda, bazı yazarlar yapım işleri ile ilgili her türlü onarım işlerinin yapım kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, yapım işleri dışında kalan makine, teçhizat, donanım, sistem, araç gereç gibi unsurların bakım ve gerekirse onarımlarının yapılmasına ilişkin işlerin ise hizmet tanımına girdiğini savunurken, bazı yazarlar ise, büyük onarımların yapım, küçük onarımların ise hizmet alımı ihalesi ile gerçekleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır.