

Kamu Yapım İşlerinde Kabulden Sonra Yüklenicinin Sorumluluğu

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin görevi, eseri, sözleşmede istenen veya lüzumlu olarak bulunması gereken özelliklere sahip olarak tamamlayıp yükleniciye teslim etmektir. Ancak, malum olduğu üzere eserin tamamlanmış olması onun kusursuz olduğu anlamına gelmemektedir. Bu noktadan hareketle, TBK’da da yüklenici, eser tamamlandıktan sonra ortaya çıkabilecek kusurlardan sorumlu tutmuştur. Bu sorumlulukta ayıba karşı tekeffül kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.

Söz konusu sorumluluk TBK’nun “eserin kabulü” başlıklı 477’inci maddesinde; “Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.

İşsahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır. Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa işsahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.” şeklinde yer almaktadır.

İlgili hükümde, yüklenicinin sorumluluklarının işi tamamlanması ile bitmediğini, yüklenicinin ayıplardan doğan sorumluluğunun devam ettiği vurgulanmıştır.

Bu noktadan hareketle, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabilmesi için,

- 1-Teslim edilmiş bir eser olacak,
- 2-Eser ayıplı meydana getirilecek,
- 3- İşsahibi tarafından muayene yükümlülüğü getirilmiş olacak,
- 4-Tespit edilen ayıbın işsahibi tarafından yükleniciye bildirilmesi gerekecektir.

Bizde bu şartlardan hareketle ayıba karşı tekeffül ve bu kavramın kamu ihale mevzuatı açısından önemini açıklamaya çalışacağız.

TESLİM VE KABUL

Ayıba karşı tekeffül teslimle birlikte başlamaktadır. Ayrıca, TBK'nu çerçevesinde eserin kabulünden sonra yüklenicinin açık ayıplardan sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, söz konusu kavramı anlayabilmek için eserin teslim ve kabul aşamalarının ayrıntılı değerlendirilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

Teslim

Teslim kavramı, eserin, kendinden beklenen niteliklere haiz bir şekilde tamamlanıp, iş sahibinin zilliyetliğine bırakılması olarak tanımlanabilir .

Eserin teslimi ile birlikte yüklenici edimin ifasını gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, teslim ile birlikte yüklenicinin işi tamamlama borcu sona ermiş olmakta, onun yerine eserdeki kusurlara ilişkin olarak ayıba karşı tekeffül sorumluluğu almaktadır.

Diğer taraftan, teslim sürecinin sonuçlanması için iş sahibinin de eseri teslim aldığına dair iradeyi ortaya koyması gerekmektedir. Bu noktadan hareketle, yüklenicinin teslim etme isteğine rağmen, eser önemli oranda eksik veya kusurlu veya iş sahibinin eserden beklediği menfaati karşılamıyor ise iş sahibi teslimi kabul etmeyebilir.

Zira, Söz konusu durumda tamamlanmış bir eserden söz etme imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle, teslimden bahsedebilmek için eserin tam olarak bitirilmiş veya önemsiz sayılabilecek eksik /kusurlara sahip olarak meydana getirilmesi ve iş sahibinin teslimi aldığını gizli veya açık bir şekilde karşı tarafa bildirmesi gerekmektedir.

Kabul

TBK'nun "Eserin Kabulü" başlıklı 477'inci maddesi

çerçevesinde, eseri teslim alan iş sahibi en kısa zamanda eseri gözden geçirip, eksik ve kusurları yükleniciye bildirmekle yükümlüdür. Yapılan incelemeye müteakip belli bir şekle bağlı olmaksızın iş sahibinin tek taraflı onayı ile eserin kabulü gerçekleşmektedir. Kabul ile birlikte iş sahibi eseri incelediğini ve eserde açık ayıp sayılabilecek nitelikte bir kusurun bulunmadığını kabul etmiş olmaktadır.

Kabul konusu iş sahibinin haklarını kullanması açısından önemlidir. İş sahibi kabul ile birlikte her hangi bir itirazda bulunmadı ise eserin sözleşme ve inşaat tekniği açısından genel anlamda tamam olduğunu kabul etmiş olmaktadır. kabul ile birlikte yüklenici eserdeki açık ayıplardan doğan sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.

Teslim ve Kabulün Kamu ihale mevzuatı açısından değerlendirilmesi

Teslim

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 41'inci maddesi gereğince, taahhüt edilen iş, sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere uygun olarak tamamlandığında, yüklenici, idareye geçici kabulün yapılması için yazılı olarak başvuruda bulunacak, yapılan başvuruya müteakip, idarece gerekli kontroller yapılarak eser teslim alınacaktır. Söz konusu hükümden anlaşıldığı üzere, geçici kabul süreci içerisinde yüklenici eseri tamamladığını idareye bildirmekte ve yapıyı idarenin kullanımına bırakmaktadır, idarede geçici kabul onayıyla birlikte eseri kullanmaya başlamaktadır. Dolayısıyla, kamu ihale mevzuatı çerçevesinde eserin tesliminin geçici kabul başvurusu ile birlikte gerçekleştiği değerlendirilmektedir.

Kabul

Konuya ilişkin özel düzenleme getiren, aynı Şartname'nin 42'inci maddesi gereğince geçici kabul kesin kabul arasında oniki aydan az almamak üzere bir süre belirlenerek yükleniciden gerekli montaj, eğitim, bakım onarım vs işlerin yapılması ve var ise kusur ve eksiklikler giderilmesi istenecektir. Yine aynı şartnamenin 43'üncü maddesi gereğince,

idare yüklenicinin gerekli bakım onarım vs sorumlulukları yerine getirip getirmediği ve yapının kusurlu veya eksik olup olmadığını inceleyecektir. Şayet, idare yüklenicinin gerekli bakım ve düzeltme sorumluluklarını yerine getirdiğine kanaat getiriyor ise eserin kesin kabulünü gerçekleştirecektir. Sonuç olarak, yapılan kesin kabul işleminin birlikte TBK anlamında kabul işleminin gerçekleşmiş olacağı değerlendirilmektedir.

AYIP

Ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabilmek için teslim edilen eserin ayıplı olması gerekmektedir. Ayıp, meydana getirilen eserin sözleşmede öngörülen veya zorunlu olarak bulunması gereken nitelikleri taşıması olarak tanımlanabilir.

Ayıbın tespiti için sözleşme şartları çerçevesinde istenilen özelliklerle fiili durumun karşılaştırılması gerekmektedir. Teslim esnasında eserin sözleşmede kararlaştırılan ve zorunlu olarak bulunması gereken özellikleri taşıması gerekmekte olup bu özellikler bulunmuyor ise ayıplı bir eser meydana getirilmiş olacaktır. Kamu yapım işleri açısından konuyu değerlendirir isek, yapının proje, teknik şartnameler, fen ve sanat kurallarına veya diğer hukuki düzenlemelere aykırı olarak yapılması ayıp olarak değerlendirilebilir.

Ayıbın Niteliği

Ayıp kabul aşamasına kadar yapılacak muayene ve kontroller esnasında ortaya çıkabileceği gibi, özellikle gizli ayıplar yapının kullanımına bağlı olarak ortaya çıkabilmektedir.

Bu konuda işsahinin görevi, TBK'nu 474 [12] ve 477 inci çerçevesinde, teslim sonrasında yapıyı incelemek ve kusurları yükleniciye bildirmektir. Zira, işsahibi (idare) söz konusu yükümlülükler uymadığı takdirde, makelemizin 6'ıncı bölümünde belirtilen haklarından mahrum kalacaktır.

Eserdeki ayıbın niteliği teslim/ kabul aşamaları ve işsahibinin (idarenin) haklarını kullanımı açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle, gizli – açık ayıp kavramlarının

incelenmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir

Açık Ayıp – Gizli Ayıp

Açık ayıp eserde gözle görülebilen basit bir incelemeyle tespit edilen kusurlar, gizli ayıp ise ayrıntılı bir incelemeyle veya eserin kullanımına bağlı olarak ortaya çıkabilecek kusurlar olarak tanımlayabiliriz.

Söz konusu ayırım, yüklenicinin hakları kullanımı açısından önem arz etmektedir. Zira, TBK'nun 477'inci maddesinin ilk bendinde: "Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder...." denilmek suretiyle, teslimden sonra yüklenicinin gizli veya kasten gizlediği ayıplar için sorumluluğunun devam ettiği , ancak açık ayıplar için yükleniciden bir talepte bulunulamayacağı vurgulanmıştır

Ayıp Kavramının Kamu İhale Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi

4735 Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun sayılı Kanunun "Yapım işlerinde yüklenicilerin ve alt yüklenicilerin sorumluluğu " başlıklı 30'uncu maddesinde;

"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. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir.

Ayrıca haklarında 27 nci madde hükümleri uygulanır." denilmek suretiyle, yükleniciler ortaya çıkabilecek zarar ve ziyan nedeniyle kesin kabulden sonra 15 yıl süreyle idareye karşı sorumlu tutulmuş ve gerektiği takdirde 4735 sayılı Kanunun 27 nci maddesi hükümleri çerçevesinde haklarında cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunabileceği belirtilmiştir.

Ancak, söz konusu Madde genel bir prensip getirmekle birlikte, TBK' nu ile çeşitli noktalarda çelişmektedir.

Öncelikle, ilgili Madde metninde yer verilen her türlü zarar ve ziyan kavramı açık değildir. Makelemizin 4.2'inci bölümünde belirttiğimiz üzere TBK'nun da yüklenici kabulden sonra sadece gizli veya kasten gizlediği ayıplar nedeni ile ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulmuştur.

Ayrıca, ilgili Madde'de zaman aşımı süresi kesin kabulden sonra 15 yıl olarak belirlenmiş olması rağmen BK'nunda bu süre teslimden sonra 5 yıl, yüklenicinin ağır kusuru var ise 20 yıl olarak belirlenmiştir.

Kanaatimizce, söz konusu edilen hususlarda, konuya ilişkin geniş bir içtihat yelpazesi bulunması nedeni ile TBK'nun ilgili hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Örneğin, idare elemanlarının kontrol görevini yerine getirmemesi halinde ortaya çıkan zararlardan yüklenicinin tek başına sorumlu tutulmasının hakkaniyete uygun olmayacağı kanaatini taşımaktayız. Bir başka ifade ile, yapıdaki açık ayıplar idare tarafından kesin kabule kadar düzeltiltilmedi ise ortaya çıkan zarardan idare elemanlarının yüklenici ile birlikte sorumlu tutulabileceği değerlendirilmektedir

Diğer taraftan, idareler gizli ayıplara ilişkin taleplerinin TBK'da belirtilen, teslimden (geçici kabul için başvuru tarihi) sonra 5/20 yıllık zaman aşımı sürelerine uygun olarak takip edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Zira, söz konusu süreler yüklenicinin kusur oranı göz önünde tutularak belirlenmiştir. Ancak, 4735 sayılı Kanun'da kusur oranına ilişkin her hangi bir değerlendirilmeye yer verilmemiştir.