

mevcut sözleşmenin feshi ve tasfiyesi durumunda yapılacak uygulamaların belirsizliğinden dolayı 4734 ve 4735 sayılı kanunlar ve ilgili mevzuattan kaynaklanan yeni ve önemli bir sorunla karşı karşıya kaldıklarını ifade ederek, çözüme yardımcı olmak üzere konuya açıklık getirilmesi ve sözleşmenin feshi ve tasfiyesi aşamasında yapımı tamamlanan imalat bedellerinin tespiti

Yüksek Fen Kurulu

Sayı : B.09.0.YFK.0.00.400.-03/225

Konu : Tasfiye sonrası iş ve işlemler

İlgi yazınızda özetle; Türkiye Resmi Sektör Müteahhitleri İşveren Sendikası olarak sektörünüzle ilgili sorunların analizini yapmak üzere tarafların görüşlerine başvurulduğundan bahisle; kamuyla anahtar teslimi götürü bedel sözleşme imzalamış olan müteahhitlerinizin, mevcut sözleşmenin feshi ve

tasfiyesi durumunda yapılacak uygulamaların belirsizliğinden dolayı 4734 ve 4735 sayılı kanunlar ve ilgili mevzuattan kaynaklanan yeni ve önemli bir sorunla karşı karşıya kaldıklarını ifade ederek, çözüme yardımcı olmak üzere konuya açıklık getirilmesi ve sözleşmenin feshi ve tasfiyesi aşamasında yapımı tamamlanan imalat bedellerinin tespiti konusunda mevzuatta net bir hüküm bulunmadığı için uygulamaya yönelik görüşlerimizin bildirilmesi istenilmektedir. Konu, Yüksek Fen Kurulu'nda ilgi yazı ve ilgili mevzuat çerçevesinde incelenmiştir. Fesih sürecine ilişkin görüşlerimiz; aynı konuda Milli Savunma Bakanlığı'na hitaben yazılan ve ekte iletilen 08.02.2008 tarih ve 03/170 sayılı yazımızda belirtildiği şekilde olup, Tasfiye sürecine ilişkin görüşlerimiz ise, aşağıda belirtilmiştir.

4735 sayılı Kanun'un 17 ve 18 inci maddeleri ile 23 üncü maddesine göre mücbir sebep ve ayrıca, sözleşmelerin mahkeme kararlarıyla sona erdirilmesi hallerinde; teminatlar iade edilerek mevcut sözleşmeler tasfiye edilmekte ve 4735 sayılı Kanun, mevcut sözleşme hükümleri, Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ)'nin ilgili hükümlerine göre tasfiye iş ve işlemlerinin yapılması gerekli olmaktadır.

YİGŞ'nin **Sözleşmenin feshi ve tasfiye durumları** başlıklı 48 inci maddesinin konuya ililişkin bölümlerinde tasfiye işlemleriyle ilgili olarak;

Tasfiye halinde, işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında sözleşmesinde bulunan hükümlerle bu şartnamenin 42, 43, 44, 45 ve 46 ncı maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının ... hesaplanacak kesin teminat miktarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise 46 ncı madde esaslarına göre yapılır. Tasfiye edilmiş işin, kendi teminat

süresi içinde veya daha sonra ortaya çıkabilecek kusur ve hataları idarece görevlendirilecek bir komisyon tarafından, yapılacak tebligat üzerine, hazır bulunması halinde yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilir. Sözleşmenin tasfiyesi halinde yüklenicinin tesis, araç ve makineleri idarece satın alınmak istendiği takdirde yüklenicinin buna razı olması şartı aranır.Ç  . tasfiye halinde kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ve ihzaratın ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, bu husus ayrıntılı olarak tasfiye geçici kabul tutanağında ..belirtilir. İdare, belirli bir süre vererek bu işlerin yapılmasını yükleniciden isteyebilir. Yüklenici bu hususları yerine getirmedeği takdirde idare, bu belirli işleri yüklenici hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması bedeli, sözleşmeye göre yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark yüklenicinin alacaklarından düş   r, alacağı kalmamışsa tasfiye halinde teminatından kesilir, fesih halinde ise genel h    mlere g   re işlem yapılır. Sözleşmenin feshedilmesinden veya tasfiyesinden sonra hesap kesme hakediş    idarece belirlenecek bir süre içinde yüklenici ile birlikte 41 inci maddesindeki esaslara g   re yapılır. Y   klenici gelmedi    veya yetkili bir vekil g   ndermedi    takdirde, idare bu hakediş    tek taraflı olarak yapar ve y   klenicinin bu hususta hi    bir itiraz hakkı olamaz.Ç  .Ç   H     mlerinin uygulanması gerekmektedir.

Ayrıca; Y   G   ş   'nin **    ve    yerlerinin korunması ve sigortalanması** ba   lıklı 9 uncu maddesinin konuyla ilgili b   l   m   nde; S   zleşmenin feshi veya tasfiye halinde bu sigortalar,    , yeni y   kleniciye ihale edilinceye kadar devam ettirilir ve bu s   reye ait sigorta giderleri y   klenici tarafından kar   ş   lan   r. Ancak bu s   re, fesih veya tasfiye olur tarihinden ba   ş   lamak    zere      ayı ge   mez.Ç   h     m    de dikkate alınmalıdır.

Atıf yapılan Y   G   ş   'nin **Kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi**

başlıklı 41 inci maddesinde **anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeler** için; *Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde ise, kesin hakediş raporu düzenlenmesine işin geçici kabulü yapıldıktan sonra başlanır ve sözleşme ve eklerinde öngörülen hükümler çerçevesinde kesin hesap işlemleri gerçekleştirilir. Gerek birim fiyat sözleşmeli işlerde gerekse anahtar teslimi götürü bedel işlerde; yüklenicinin kesin hesaplara itirazı varsa aynı inceleme süresi içinde idareye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Böyle yapmadığı takdirde kesin hesapla ilgili bütün belgeleri kayıtsız kabul etmiş sayılır ve bundan sonra bu hususta yapılacak herhangi bir itiraz dikkate alınmaz. Hesap kesme işleminde, gerçekleştirilen bütün işlerin kesin hakediş raporuna geçirilen bedelinden iş sırasında geçici hakediş raporları ile ödenen miktarlar düşülür. Daha sonra 40ıncı maddede açıklanan geçici hakediş ödeme usulleri çerçevesinde, hakedişe yapılan ek ve kesintilerden sonra kalan tutar yükleniciye veya vekiline ödenir.*Ç

Hükümleri bulunmaktadır.

Konu yukarıda belirtilen hüküm ve şartlar dikkate alınarak değerlendirildiğinde;

Tasfiye süreci ile ilgili olarak;

Öncelikle; kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, bu hususların öncelikle ayrıntılı olarak, sözleşmenin tasfiye onay tarihindeki (geçici kabul tarihi) işlerin mevcut durumunun, tasfiye geçici kabul tutanağında belirtilmesi ve belirli bir süre verilerek bu işlerin yapılmasının yükleniciden istenilmesi gerekmektedir.

Ölçülebilir duruma getirme, teknik zorunluluklar veya yapılmış kısımların korunmasına yönelik idare taleplerinin; ölçülü olması, süreçte sıkıntı yaratacak amaç dışı ilave iş

niteliğinde olmaması aranılan bir husustur. Yükleniciden zorunlu olarak yapması istenilen bu imalatların, tasfiye hali göz önünde alındığında makul bir düzeyde tutulması önemli olmaktadır. Yükleniciden yapılması istenilen bu işler yerine getirilmediği takdirde, yüklenici hesabına yapma veya yaptırma serbest olmaktadır. Bu işlerin yapım bedeli sözleşmeye göre yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark, hesap kesme işlemi sonucu ortaya çıkabilecek yüklenici alacaklarından düşülmeli, alacağı kalmamışsa teminatından kesilmelidir.

Ayrıca; işe ait sigorta giderlerinin, iş yeni yükleniciye ihale edilinceye kadar, tasfiye olur tarihinden başlamak üzere üç ayı geçmeyecek şekilde mevcut yüklenici tarafından karşılanmasına yönelik YİGŞ'nin İş ve işyerlerinin korunması ve sigortalanması başlıklı 9 uncu maddesindeki hükmün uygulanmasına dikkat edilmelidir.

Kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi işlemiyle ilgili olarak;

Bilindiği üzere; YİGŞ'nin 48 inci maddesine göre sözleşmenin feshi veya tasfiyesinden sonra hesap kesme hakedişinin düzenlenmesinde, aynı şartnamenin Kesin hakediş raporu ve hesap kesilmesi başlıklı 41 inci maddesine atıf yapılması nedeniyle, fesih veya tasfiye sonrası hesap kesme hakedişlerinin aynı yöntem ve esaslara tabi olduğu görülmektedir. Ancak; hesap kesme hakedişlerinin düzenlenmesine ilişkin yöntem ve esasların, normal şekilde sona eren işler gibi hesap kesilmesi gereken tasfiye ile, farklı şartlara sahip fesih için aynı tutulmuş olmasının, mevzuatımızda bir eksiklik olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bu hükümlere göre; kesin hesap ve kesin hakediş i idare ve yüklenici ile birlikte yapılmalı ve hesap kesme hakediş i, tasfiye onay tarihinde yüklenici tarafından gerçekleştirilen ölçülebilir imalatların tespitine ve fiyatlandırılmasına

dayandırılmalı ve bütün bu tespitler, işe ait sözleşme ve eki ihale dokümanlarındaki şartlar değiştirilmeden yapılmalıdır. Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerin tasfiye kesin hesabı ve kesin hakkeidişinin hazırlanması sırasında yapılan işin; işe göre gerçekleşme oranının nasıl tespit edileceği önemlibir husustur. 4735 sayılı Kanunun İlkeler başlıklı 4 üncü maddesinde yer alan *Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlölüklerle sahiptir.. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.*Ç  hükmü gereği, bu oranın tespitinde, tarafların hakları ve yükümlölükleri gözönünde bulundurularak öncelikle akdedilen sözleşme ve eklerindeki esaslar mesnet alınmalıdır.

Bu doğrultuda, sözleşme ve eki ihale dokümanları olan, uygulama projeleri, mahal listesi, genel ve özel teknik şartnameler, varsa açıklamalar ve diğer ekler esas alınarak, yerinde fiilen yapılan tüm imalat metrajları çıkartılmalı ve buna dayalı olarak tüm imalat miktarları belirlenmelidir. Ayrıca, yapılan iş kısımlarına ait imalatların metraj ve miktarları da aynı esaslara dayandırılarak aynı yöntemle tespit edilmelidir. Böylelikle, yapılan ve yapılmayan işlere ait fiziki durum iş kalemi ve metraj bazında ortaya konulmuş olacaktır. Sözleşme ve eklerinde öngörülen hükümler ile işe ait özel şartlar ve nitelikleri gözetilerek; idarece istenilmiş ve yüklenicinin teklifi ekinde iş kalemlerine ve/veya iş guruplarına ait bileşenler ve bunlara ait fiyatlar verilmiş ise, fiyatların idarece kabul edilebilir olması dikkate alınarak bu fiyatlar, idare ve diğer idarelerdeki fiyatlar ve piyasa rayiçleri ile yaklaşık maliyete esas fiyatların birlikte değeriendirilmesi sonucu her bir iş kalemine ait en uygun fiyatların belirlenmesine müteakip, belirlenen bu fiyatların; yukarıda izah edildiği şekilde tespit edilmiş bulunan sözleşme kapsamında yapılacak olan tüm imalatlara ait iş kalemi miktarlarıyla çarpılarak bulunacak bedel ile, yapılan iş kısımlarının da aynı esaslar ve aynı bazda tespit edilecek bedeli arasındaki orandan, tasfiye

edilen işe ait gerçekleşme oranı belirlenebilecektir. Bulunan bu gerçekleşme oranının sözleşme götürü bedeli ile çarpılması suretiyle yapılan işlerin götürü bedel karşılığı belirlenmiş, bu bedel hesap kesme hakedişine yansıtılmak suretiyle tasfiye kesin hesabı yapılmış olacaktır. Yapılan bu kesin hesap sonucunda yüklenici borçlu ise, bu borcun ödenmemesi halinde teminatından karşılanması, bu da yeterli olmaz ise yargı yoluyla tahsili cihetine gidilmelidir.

Diğer taraftan; yüklenicinin, tasfiye geçici kabul tutanağına ve hesap kesme sonucuna itiraz edebileceği ve dava yolunun açık olduğu hususları da dikkate alındığında, belki de hiç itirazla sonuçlanmayabilecek hesap kesme işlemi mümkün iken, idarelerce önemli bir nedene bağlı olmadan bu hesap kesme işleminin yapılmayıp, mahkemelere bırakılmasının doğru ve faydalı olmayacağı açıktır. Ayrıca; kesin hesabın başlangıçta mahkemelere taşınması, doğabilecek muhtemel idare alacağının dava sonucunu beklemesi gibi istenmeyecek bir duruma yol açabileceği gibi, varsa yüklenici alacağının gecikmesi, teminat iadesinin yapılamaması gibi farklı hukuki sonuçları olabilecek süreçlerin yaşanmasını beraberinde getirebilecektir.

Bilgilerinizi rica ederim.