

ÖZEL SEKTÖRE GERÇEKLEŞTİRİLEN İŞLERDE İŞ SAHİBİ VE YÜKLENİCİSİNİN AYNI OLMASI DURUMUNDA İŞ DENEYİM BELGESİ DÜZENLENİP DÜZENLENMEYECEĞİ

Kamu İhale Kanununun 10'uncu maddesinde iş deneyimini gösteren belgelerde; İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak sunulacak belgeler olarak belirtilmiştir. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 44'üncü maddesinde belge düzenleme koşulu olarak iş deneyim belgelerinin; yapılan iş karşılığı bedel içeren tek bir sözleşmeye dayalı olarak taahhüt edilen işlere istinaden düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Bu itibarla, hem Kanunda hem de yönetmelikte iş deneyim belgesi düzenlenebilmesi için bedel içeren sözleşme olması gerektiği belirtilmiştir. Konu hakkında Kamu İhale Kurulu 2015/UY.I-633 sayılı kararında; "Borçlar Kanunu'nun 1'inci maddesinde Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur şeklinde tanımlanmıştır. Yani iş deneyim belgelerinin düzenlenmesi, belge düzenlenebilmesi için gerekli olan diğer kriterlerin yanında ayrıca yukarıda aktarılan tanımlarda da görüldüğü üzere yüklenici ile işveren arasında imzalanmış ve tarafların hak ve sorumluklarına ilişkin hükümlerin yer verildiği bir sözleşmenin varlığına bağlanmıştır.

Anılan istekli tarafından idareye sunulan iş deneyim belgesinde hem işverenin hem de yüklenicinin aynı kişi olması

nedeniyle, iş deneyim belgesinin tarafları olmayan bir sözleşme kapsamında düzenlendiği, bu nitelikte düzenlenen belgenin bir sözleşme olmadığı, dolayısı ile belgeye dayalı olarak iş deneyim belgesinin de düzenlenmesinin mümkün olmadığı görülmektedir.” ifadelerine yer verilmiştir. Kurul kararında, iş deneyim belgesinin düzenlenebilmesi için Kanun ve yönetmelikte bedel içeren bir sözleşme olması gerektiğinden, sözleşme olmadan iş deneyim belgesi düzenlemesinin mümkün olmadığını belirtilmiştir.

Anılan kurul kararının temyize taşınması üzerine Danıştay E:2015/4389, K:2016/181 sayılı kararında, “...davacı tarafından sunulan 21.08.2014 tarih ve 1602 sayılı iş deneyim belgesinde yer alan yapının yapımında iş sahibi ve yüklenicinin aynı kişi olmasından dolayı bir sözleşmeye dayanmaması, iş deneyimine konu işin gerçekten yapıp yapılmadığının ve kapsamının ne olduğunun denetimine imkân bulunmaması nedeniyle anılan belgenin kabul edilmeyerek teklifinin değerlendirme dışı bırakılması işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığı anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir” denilmiştir.

Danıştay’ın konu hakkında vermiş olduğu karar ile bir yapım işinde iş sahibi ve 79 yüklenicinin aynı kişi olması durumunda işin bir sözleşmeye dayanmaması sebebiyle iş deneyim belgesi düzenlenemeyeceği belirtilmiştir.

Özel sektörde gerçekleştirilen yapım işlerinde iş deneyim belgesi düzenlenip düzenlenmeyeceği konusunda karşılaşılan sorunlardan bir diğeri de sözleşmesinde bedel içermemekle birlikte belli bir edimin yerine getirilmesi olan kat karşılığı inşaat işleri ve Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli ile gerçekleştirilen işlerdir.

Kamu İhale Genel Tebliğinin 42.1’inci maddesinde, Yapılacak iş karşılığı bir bedel içermeyen kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ve Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli ile gerçekleştirilen işler için düzenlenmiş iş deneyim belgeleri,

4734 sayılı Kanun kapsamındaki yapım işleri ihalelerinde, iş deneyimini tevsik eden belge olarak kullanılamayacağı belirtilmiştir.

Kat karşılığı inşaat işlerinin sözleşmesinde belirli bir bedel bulunmasa da bedeli tespit edilebilir nitelikte bir sözleşme olduğundan, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı tarafından belirlenen yapı sınıfları ve bunlara ilişkin birim fiyatlar esas alınarak sözleşme bedeli tespit edilebileceği ve bu bedel üzerinden iş bitirme belgesi düzenlenebileceği itirazlarıyla konu yargıya taşınmıştır.

Kamu İhale Kurumu, Kamu İhale Genel Tebliğinde 07/06/2014 tarihinde resmi gazetede yayınlanan değişiklik ile kat ve/veya arsa karşılığı inşaat işlerinde iş deneyim belgesi düzenlenebilmesi hususunda değişiklik yapmıştır.

Bu değişiklik ile maddeden “kat karşılığı inşaat sözleşmelerine dayanılarak gerçekleştirilen yapım işlerinin iş deneyim belgesi, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki yapım işleri ihalelerinde, iş deneyimini tevsik eden belge olarak kullanılamayacaktır” kısmı çıkartılmıştır. Kamu İhale Genel Tebliğinin 42.1’inci maddesi son haliyle sadece sözleşmesinde yapım işine ait bir bedel yer almayan Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli ile gerçekleştirilen yapım işleri hakkındaki düzenleme halini almıştır. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 46’ncı maddesine 6’ncı fıkra eklenerek kat ve/veya arsa karşılığı inşaat işlerine ilişkin iş deneyim belgesinin düzenlenmesi ve belge tutarının tespit edilmesi için düzenleme yapılmıştır.

Bu düzenleme ile kat ve/veya arsa karşılığı inşaat işlerine ilişkin gerçekleştirilen işlerde iş deneyim belgesi için belge tutarının tespit edilmesi ve belge düzenlenebilmesi açıklığa kavuşturulmuştur. 80 5.2.7.1 Özel sektöre gerçekleştirilen işlerin iş deneyim belgesi hakkında değerlendirmeler Kamu İhale Kurumu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53’üncü maddesinin a ve b bentlerinde, Kanunda belirtilen esas, usul

ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili kılınmıştır.

Ayrıca Kurumun, Kurul kararıyla 4734 ve 4735 sayılı Kanunların uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya da yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır.

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 39, 43 ve 44'üncü maddelerinde de hangi belgelerin iş deneyimini tevsik amacıyla kullanılabileceği, bu belgeleri düzenlemeye yetkili kurum ve kuruluşların hangileri olduğu ve belgelerin düzenlenmesine ilişkin koşullara yönelik hükümlere yer verilmiştir. Dolayısıyla, iş deneyim belgesinin hukuki dayanağını oluşturan hükümlerin kamu ihale mevzuatında yer aldığı, Kamu İhale Kurumunun da bu hükümlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

2014/UY.III-1871 sayılı Kurul kararında, kamu ihale mevzuatına ilişkin esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması hususunda görevli ve yetkili olan Kamu İhale Kurumunun karar organı olan Kamu İhale Kurulunca mevzuata aykırılığı tespit edilen ve düzenleyen idaresine iptal edilmesine yönelik olarak bildirim yapılan bir iş deneyim belgesinin kamu ihalelerinde geçerli bir belge olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Kamu İhale Kurulu, İhale Kanunu ve ikincil mevzuatların düzenlenmesi ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkili kılındığını yukarıda ifade edilen açıklamalarında yenilemiştir. Aktarılan mevzuat hükümleri, Kamu İhale Kurul kararları ve bu kararların mahkemelere taşınması sonrasında verilen yargı kararları uygulamada nasıl hareket edileceği yönünde tereddütlere sebep olmaktadır.

Kamu çalışanları tabi olduğu kanun, yönetmelik ve tebliğlerde yer alan hükümlere göre işlem tesis etmesi gerektiğinden, özel

sektöre taahhüt edilen işlerde iş deneyim belgesi düzenlerken Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde yer alan hükümlere göre belge düzenlemeleri gerekir. Fakat yönetmelikte yer alan hükümlere göre işlem yapıldığı takdirde konu yargıya intikal edildiğinde mahkeme yönetmeliği farklı değerlendirebilmektedir.

Yönetmelik ve kurul kararları ile yargı kararlarının birbiriyle çelişki içinde olması sonucunda ihale 81 komisyonunda görev alanlar ile iş deneyim belgesi düzenlemekle görevli olanlar nasıl hareket edileceği konusunda tereddütler yaşayabilmektedir. Aynı şekilde belge sahibi olan veya belge talebinde bulunan isteklilerin bu durum sebebiyle hak kaybı yaşayabileceği gibi ihalelerde haksız rekabetle de karşılaşabilecektir.

Özel sektöre taahhütte bulunulan işlerde, noter onaylı sözleşme olmaması, işin ilgili yüklenici tarafından yapıldığı gerçeğini ortadan kaldırmasa da, kanun ve yönetmelikler çerçevesinde şartları belirli bir belge düzenlenebilmesi açısından, söz konusu işlerin belirli esas ve usuller çerçevesinde düzenlenmesi gerekir. Kamu ihale mevzuatına ilişkin esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması hususunda görevli ve yetkili olan Kamu İhale Kurumu, yukarıda ifade edilen uyuşmazlıkları giderecek yeni düzenlemeler yapmalıdır.

Bu itibarla Kurum, noter onaylı sözleşme şartı hakkında mahkeme kararlarını da dikkate alarak güncelleme yapmadığı sürece bu tür uyuşmazlıklar devam edeceğinden, belge düzenleme konusunda yaşanan tereddütleri giderecek düzenlemeler yapılmalıdır.