

Özel sektöre taahhütte bulunulan işlerde iş deneyim belgesi düzenlenmesi

Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmakta ve bu konu yargıya intikal etmektedir. Özel sektör sözleşmelerinde noter şartı getirilmesi ve bu konu hakkında uyuşmazlıklar bulunması uygulamada noter onayının nasıl olacağıyla ilgili belirsizlik ve tereddütler yaşanmasına sebep olduğundan Kamu İhale Kurulu 10.10.2012 tarih ve 2012/DK.D-179 sayılı kararı ile sözleşmelerin noter onaylı olması hususunda ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi amacıyla bu konu hakkında açıklamalarda bulunmuştur. Kurul kararında;

“... Bu itibarla, yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler ışığında,

1 -1/1/2003 tarihinden sonra yapılan sözleşmelere dayanılarak iş deneyim belgesi düzenlenebilmesi için, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 45 inci maddesinde sayılan belgelerle birlikte iş deneyim belgesi düzenlemeye yetkili kurum veya kuruluşlara sunulması zorunlu olan noter onaylı sözleşmedeki “noter onayı”nın,sözleşmede imzası bulunan kişilerin imzalarının bu kişilere ait olduğunun onaylanması niteliğinde olduğuna,

2-Sözleşmedeki imzaların ilgili kişilere ait olduğu hususunun noter tarafından sözleşme tarihinde onaylanmasının zorunlu olduğuna, sonraki bir tarihte yapılan onaylamanın uygun kabul edilemeyeceğine,

3-Sözleşmenin noter huzurunda imzalanması veya sözleşmedeki imzaların kendilerine ait olduğunun ilgililer tarafından kabulü suretiyle, sözleşmenin, imza altına alındığı tarihte notere onaylatılması gerektiğine” ifadelerine yer vermiştir.

Kurul, özel sektörde bedel içeren sözleşmenin yönetmelik gereği noter onaylı olmasını ve noter onayının da taşınması gereken şartları yukarıda ifade edilen düzenleyici kararında açıklığa kavuşturmuştur. Kamu İhale Kurulu yine aynı düzenleyici kararında özel sektöre taahhütte bulunulan işlerde noter onaylı sözleşme yapılması gerekliliğini; “Özel sektöre gerçekleştirilen işler bakımından ise, Borçlar Kanununa göre tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulan sözleşmelerde yine tarafların karşılıklı uygun iradeleri neticesinde istenilen değişikliklerin yapılması mümkün olup esasen ihale konusu iş veya benzer işler bakımından, işin başlangıcında kararlaştırılarak taahhüt edilen hususların taahhüde uygun bir biçimde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin ölçülmesi ve sözleşme konusu işi taahhüde uygun bir biçimde tamamlayanların kamu ihalelerine katılımının sağlanması amacını taşıyan iş deneyim belgesi uygulamasının bahse konu amaçla uyumlu bir biçimde yürütülebilmesi için, özel sektöre gerçekleştirilen işlere ilişkin sözleşmelerin imza altına alındığı tarih itibarıyla notere onaylatılması gerekmektedir.” şeklinde açıklamıştır.

Kamu İhale Kanununa göre yapılan sözleşmelerin yazılı olması yeterli olurken, yönetmelikte özel sektöre karşı gerçekleştirilen işlerde ise iş deneyim belgesi için sözleşmenin noter onaylı olması şartı getirilmiştir. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde özel sektöre taahhütte bulunulan işlerin sözleşmesinde noter onayı şartı getirilmesi akit serbestliği ilkesine uygun olmadığı ve bu tür hükümlerinde ancak kanunla konulması gerektiğinden yönetmelikteki noter onaylı sözleşme düzenlemesine eleştiriler yapılmaktadır

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu özel kanun niteliği taşıdığından, bu kanun ile ilgili işlem yapılmasında yine bu kanunda hüküm altına alınan esasların dikkate alınması gerekir. 4734 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilecek yapım

işleri ihalelerinde uygulanacak usul ve esasları düzenleyen Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde noter onaylı sözleşme olması gerektiği düzenlemesi, özel sektörde yapım işlerinin üstlenilmesini engelleyen bir hüküm olmayıp, yönetmeliğin çıkarılmasında özel sektörü düzenleme gibi bir amacı da bulunmamaktadır.

Buna karşın 4734 sayılı Kanun kapsamında geçerliliği olan bir iş deneyim belgesinin düzenlenmesi ve kanun kapsamında kullanılabilmesi için iş deneyim belgelerinin bu kanun ve ikincil mevzuatlar çerçevesinde düzenlenmiş olması gereklidir. Bu konuda Danıştay tarafından * tarihinde alınan *Esas numaralı kararında, "...kamu ihaleleri yönünden iş deneyimine esas olan sözleşmelere yönelik noter onayının aranmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır ifadelerine yer vermiştir.

Bu sebeple özel kanun niteliği taşıyan 4734 sayılı Kanuna istinaden düzenlenen yönetmelikte, özel sektöre taahhütte bulunan işlerden elde edilen iş deneyim belgelerinin kamu ihalelerinde kullanılabilmesi adına iş deneyim belgesi düzenlenebilmesi için noter onaylı sözleşme şartının bulunması hukuka uygun bulunmuştur.

Özel sektöre taahhütte bulunan yükleniciler, bedel içeren sözleşmenin notere onaylattırılmasının yüksek noter harç ve masrafları gerektirdiğinden ayrıca yükleniciler işin başında taahhüt konusu işi tamamladıklarında iş deneyim belgesi alacaklarını düşünmediğinden ve mevzuat hükümlerine de hâkim olmadıklarından noter onaylı sözleşme yapmamaktadırlar. Yükleniciler taahhüt konusu işi tamamladıktan sonra, kamu ihalelerine girmek için iş deneyim belgesi talebinde bulunduklarında noter onaylı sözleşme konusu karşılıklarına hukuksal bir sorun olarak çıkmaktadır.

özel sektöre taahhütte bulunan işlerden elde edilen iş deneyim belgelerinin kullanıldığı ihalelerde sürekli itirazlar olmakta ve konu mahkemelere taşınmakla birlikte temyize kadar götürülmektedir. İş deneyim belgesi hakkında itirazlar olması

ve mahkemeye taşınması sebebiyle ihale süreçleri uzamakta kimi ihaleler ise iptal edilmektedir. Bu durum yatırımların uzamasına, firmalar arası haksız rekabete ve bazı firmaların ise hak kaybı yaşamasına sebep olmaktadır

Kamu İhale Kurulunun 20**/UY.*-***, 20**/UY.**-**vb kararlarını¹³ incelediğimizde, itiraz konusu olan özel sektöre taahhütte bulunulmuş işlere istinaden düzenlenen iş deneyim belgeleri, işin sözleşmesi noter onaylı olmadığından mevzuat gereği geçerli kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

Kurul 20**/UY.*-** sayılı kararında; "... aktarılan mevzuat düzenlemeleri uyarınca özel sektöre taahhütte bulunan yükleniciler için; yönetmeliğin 46'nci maddesinde sayılan belgelerin sunulmasının mecburi olduğu, başvuruya konu iş deneyim belgesinin düzenlenebilmesi için noter onaylı sözleşmenin sunulmuş olması gerekirken ihale üzerinde bırakılan isteklinin sunmuş olduğu sözleşmede noter onayının bulunmadığı, her ne kadar bahse konu istekli tarafından inşaat sözleşmesine ek olarak inşaat ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi, geçici kabul tutanağı, kesin kabul tutanağı, hakediş faturaları ve SGK işyeri tescil belgesi sunulmuş olsa da yönetmelik hükümleri sarıh bir şekilde iş deneyim belgesine dayanak teşkil eden sözleşmenin noter onaylı olmasını mecburi tuttuğundan iş deneyim belgesinin geçerli kabul edilebilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmıştır." denilmiştir.

Kamuya gerçekleştirilen işlerde alt yüklenici olarak görev yapanlara belge düzenlenebilmesi için Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde daha öncesinde yürürlükte bulunan, alt yüklenicilerin yükleniciler ile yaptıkları sözleşmelerin noter onaylı olması koşulu bulunmaktaydı. Bu konu hakkında, Danıştay tarafından * tarihinde alınan 20**/** kararda, "...sözleşmede noter onayının bulunmaması halinde, alt yüklenici tarafından taahhüt edilen yapım işinin sağlıklı bir şekilde denetlenemeyeceği, iş deneyimine konu olan sözleşmedeki değişikliklerin kontrol edilebilmesi için noter onayının gerekli olduğu anlaşılmaktadır. ..." ifadelerine yer vererek

noter onayının gerekliliğini belirtmiştir.

Yine, Danıştay kararında ; “...yer verilen düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden; iş ve/veya mesleki tecrübenin tevsiki amacıyla, özel sektöre taahhütte bulunan yükleniciler adına belge vermeye yetkili kurum veya kuruluşlarca iş deneyim belgesi düzenlenebilmesi için ilgililerin aktarılan Yönetmelik düzenlemesinde yer alan belgeleri sunmalarının zorunlu olduğu; bu kapsamda, iş deneyimine konu sözleşmenin hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek amacıyla sözleşmenin noter onaylı olması şartının getirildiği görülmektedir.” ifadelerine yer vererek konu hakkındaki mevzuat düzenlemesinin gerekçesini açıklamıştır.

Yukarıda yer alan Kamu İhale Kurulu kararı ve bu konuda alınmış diğer kurul kararlarında özel sektöre taahhütte bulunulan yapım işlerinde bedel içeren sözleşmelerin yönetmelik hükmü gereği noter onaylı olması ve bu şarta uymadan düzenlenmiş olan iş deneyim belgelerinin de iptal edilmesi gerektiği yönünde kararlar alınmıştır. Yönetmelikte ifade edilen noter onaylı sözleşme şartının gerekçesi, iş deneyimine konu sözleşmenin hukuki güvenliğini sağlamak, anlaşmazlıkları önlemek ve sözleşmedeki değişikliklerin kontrol edilebilmesini temin etmek amacıyla getirildiği görülmektedir.

Kamu İhale Kurulunun özel sektöre taahhütte bulunulan işlerde sözleşmenin noter onaylı olmadığı gerekçesiyle isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması ve düzenlenen iş deneyim belgelerinin de düzenlenemeyeceği yönünde almış olduğu kararlar istekli tarafından İdare Mahkemesine taşınmış ve Danıştay’a temyize götürülmüştür. Kurul kararların noter onaylı sözleşme şartı İdare Mahkemesi ve Danıştay’a intikal edilmesi üzerine mahkemeler yönetmelik hükümlerini Kamu İhale Kurulundan farklı değerlendirmiştir.