

Yapım İhalelerinde Eserin veya Kullanılan Malzemenin Şartname veya Sözleşmesinde Belirlenen Şartlara, Miktar veya Niteliklere Uygun Olmamasına Rağmen Kabul Edilmesi

Yapım işleri yüklenicileri (veya alt yükleniciler) ihale kararı ve sözleşmedeki şartları yerine getirmenin yanında, yapıyı fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak ve hileli malzeme kullanmamak zorundadırlar . Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği (YİY) yapım ihalelerinin denetlenmesine ve kabul edilmesine yönelik işlerin nasıl yapılacağı hakkında bilgi vermesi açısından önem arz etmektedir.

Buna göre işin denetimi niteliği itibari ile oluşturulacak en az üç kişilik komisyonca gerçekleştirilecektir.

Bu kimselerin yanın da yapı denetim görevlilerinin sorumluluğu da mevcuttur. Zira bu kimseler, denetlenecek yapı hakkında teknik bilgiye sahip olan kimselerdir. Yapım ihalelerinde sözleşmenin imzalanması ile yüklenicinin sözleşmede, yazılı süre içerisinde işe başlayabilmesi için,

zemin hazırlıklarının sağlanarak yapı denetim görevlisi tarafından yükleniciye teslimi yapılır. Bu teslim edilenler yüklenici tarafından işin sonuna kadar saklanmalıdır. Yapı denetim görevlisi ihale edilen işin eksik, hatalı ve kusurlu olduğunu veya malzemenin şartnamesine uygun olmadığını gösteren delil ve emareler gördüğü takdirde, gerek işin yapımı sırasında ve gerekse kesin kabule kadar olan sürede bu gibi

eksilerin, hataların ve kusurların incelenmesi ve tespiti için gerekli düzeltmelerin yapılmasını ihtar eder.

Yapıda kullanılan malzemenin ihale şartnamesine veya sözleşmesinde belirtilen miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi halinde bu suç işlenmiş olacaktır.

Hizmet Niteliğindeki Edimin, İhale Kararında veya Sözleşmede Belirtilen Şartlara Göre Verilmemesine veya Eksik Verilmesine Rağmen Verilmiş gibi Kabul Edilmesi Hizmet sözleşmesi ile yüklenici işleri yaparken gereken özen ve ihtimamı göstermeli planlayarak sürdürmelidir.

Bu yükümlölük verilen hizmet ile başlar, bitene kadar devam eder. Bu süreçte yüklenici sözleşmeye ve konuya ilişkin mevzuata aykırı davranamaz. Bu aykırılıklar ihale kararında veya sözleşmede belirtilen hizmetlerde iş tanımına, işin niteliğine ve süresine aykırılık oluşturuyor ise suç oluşmuştur.

Bunun gibi bu durumdaki ifayı kabul eden kimse de bu suçu işlemiştir. Hizmet sunucuları taahhütleri çerçevesinde standartlara uygun olmayan malzeme seçmesi, kullanılması durumunda sorumludur.

Yine bunun gibi tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği gibi nedenler ile taahhüdü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmedikleri için sorumlu olacaklardır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamayacaktır.

Ancak hizmet niteliğindeki edimlerin niteliğine dikkat etmek gerekmektedir.

Buna göre bu tip bir edim bir defada gerçekleştirilebilecek nitelikte olabileceği gibi (bir şeyin taşınması, saklanması

veya onarılması gibi) , çoğunlukla süreklilik arz eden bir konumda olacaktır.

Örneğin,

Bir hastanenin temizlik işlerinin ihale edilmesi, bir il belediyesinin temizlik ve çöp toplama işlerinin ihale edilmesi, danışmanlık hizmetinin sunulması gibi. Bu hallerde edim belirli bir dönem içerisindeki nitelik ve şartlarında süreklilik göstermesi gerekmektedir.

Bu halde aksayan, eksik veya belirtilen niteliği taşımayan hizmetin kabulünde dahi suç oluşacaktır. Bir örnek ile açıklarsak, A Belediyesi bir yıl boyunca çöp toplama ve temizlik işlerini ihale edecektir. Bunun için şartnamede 20 adet işçinin, 20 adet aracın, günlük olarak 20 kg temizlik maddesi kullanılarak temizlik yapılacağına ilişkin detayları belirtmiştir.

Bu durumda ihaleyi alan B firmasının bir yıllık dönem içerisinde şartnamede belirtilen ilkelere uyması gerekecektir. Bu şartnameye uymayan bir edim eksiktir.

Mesela 20 işçi çalıştırması gerektiği halde altıncı ayda 10 işçi çıkardığı bilinerek, ifanın kabul edilmesi halinde suç gerçekleşecektir.

Bu bentte belirtilen durumun aksinde ise, yani idarenin sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmesine rağmen daha sonra ifa edilmediğinden bahisle kabul etmemesi durumunda ise bu suçunun oluşmayacağını ifade etmek gerekir. Zira edime ilişkin bir fesat karıştırma hali yoktur, ancak failce edim ret edilmektedir.

Kabul Yönetmeliklerindeki usullere aykırı bir metodun izlenmesi başlı başına 236.maddedeki fesat kavramı içerisinde düşünülemez.

Zira takip edilmesi gereken yöntem ve usullere aykırı

davranılmıştır. Bu durumda idari cezalar uygulanabilir.

Önemli olan nitelik, nicelik açısından farklı, diğer ifade ile sözleşmede ve ihale kararında belirtilen hususlar dışında bir malın, hizmetin, yapım işinin kabul edilmesidir.

Maddenin ikinci fıkrasının ilk iki bendinde sayılan fesat karıştırma hallerinde hem yükleniciye hem de idareye yükümlülükler yüklenmiş iken, son üç bentteki hallerde sadece “kabul edilmesi” ibaresi kullanılmak suretiyle idareye bir yükümlülük getirmektedir.

Mücbir sebep; dış kuvvetler neticesinde olan ve borçlunun tutumu ile bağlı bulunmayan, önceden öngörülemeyen, kaçınılamayan ve mutlak bir biçimde borcun ifa edilebilmesini engelleyen ve dolayısı ile borca aykırılığa sebep olan olaydır.

Sözleşmede tarafların mücbir sebeplerin ve olağan üstü halin ne olduğunu belirtme serbestisi mevcuttur.

Mücbir sebep kavramı; daha önce yürürlükte olan; Devlet İhale Kanununda düzenlenmemiştir. Ancak idarelerce bu konuda şartname ve sözleşmelere hükümler konularak mücbir sebeplerin neler olacağı saptanmaktaydı. Bu da beraberinde farklı uygulamaları gündeme getirmişti.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10. maddesi mücbir sebep sayılabilecek halleri ve bağlanacak sonuçları açıkça belirtmiştir. Buna göre: doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilanı, gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hallerdir. Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlarda dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması gerekir.

Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunulmalıdır. Yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.

Bu halde ifa edilemeyen edimden dolayı taahhüt altına giren kimsenin sorumlu olması imkansızdır. Ancak şunu da belirtmeliyiz ki suçun oluşması için failin hileli davranması gerekmektedir. Hileli bir davranış neticesinde mücbir sebep gerçekleşmiş ise fail yine sorumlu olacaktır. Aksi takdirde hile mevcut olmadığı için failin sorumluluğu düşünülemez