

yapım işi ihalelerinde uygulanabilecek cezalara üst sınır

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda yapım işi ihaleleri kapsamında sayılan hususlar aşağıdaki gibi uzun bir listedir: Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerinin hepsi yapım işi ihalesi kapsamında değerlendirilmektedir.

Yapım işi ihalelerinde ihale kazanıldıktan sonraki süreçte yükleniciye kamu idaresi tarafından uygulanabilecek olan cezai müeyyidelere üst sınır getirilmesi müteahhitler tarafından uzun süreden beri talep edilen bir düzenlemeydi.

08.08.2019 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren değişikliklerde müteahhitlerin bu talebine ilişkin yeni düzenleme yürürlüğe girmiş olup makalemizin konusunu teşkil edecektir.

2. KAMU İHALELERİNDE UYGULANABİLECEK CEZALAR HAKKINDA GEREKLİ DÜZENLEMELER

Kamu ihalelerinin usul ve esasları 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri doğrultusunda gerçekleştirilmektedir.

İstekliler içerisinde ihale dokümanlarını inceleyerek ihaleye katılma veya katılmama yönünde karar almaktadırlar.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4'üncü maddesinde ihale dokümanı kapsamında bulunan belgeler aşağıdaki şekilde belirtilmiştir;

- İsteklilere talimatları da içeren idari şartnameler,
- Yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler,
- Sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri,

Görüleceği üzere istekliler idare tarafından hazırlanmış sözleşme tasarılarını da ihale öncesi inceleme imkanına sahiptirler.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde gerçekleştirilen ihalelere ilişkin sözleşmelerin uygulamaya yönelik usul ve esasları ise; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yer almaktadır. Her ihalede farklı farklı sözleşmeler bulunmamaktadır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 5'nci maddesi uyarınca sözleşmeler Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanmış tip sözleşmeler olup ihaleye çıkan idareler tarafından sadece sınırlı alanlarla ilgili olarak sözleşmelerde yer alan boşlukları doldurabilmektedirler.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Sözleşmede yer alması zorunlu hususlar" başlıklı 7'nci maddesinde sözleşmelerde belirtilmesi zorunlu olan unsurlardan birisi

1. n) Gecikme halinde alınacak cezalar. olarak belirtilmiştir.

İhalelerde gecikme cezası oranı ise her ihaleye ilişkin tip sözleşmelerde;

- Mal ve Hizmet Alım İhalelerinde günlük sözleşme bedelinin binde 1 i ile yüzde 2'si arasında

– Yapım işi ihalelerinde ise günlük sözleşme bedelinin onbinde 6’sı ile yüzde 1’i arasında idare tarafından belirlenmektedir.

Ayrıca idare tarafından gerek teknik şartnamelere gerekse de sözleşmelerde farklı cezai müeyyidelerde düzenlenebilmektedir. İşçinin giymesi gereken kıyafet, işçinin işe geç gelmesi, yapım işi ihalesinde kullanılması aracın hizmet vermemesi, kiralandan aracın uygun marka model olmaması vb her hataya ilişkin olarak cezai müeyyideler belirlenebilmektedir. Yapım işi ihalelerinde yer alan örnek bir cezai müeyyideye aşağıda yer verilmiştir;

“Yüklenici ile yapılan sözleşmenin “Cezalar ve kesintiler” başlıklı 17. Maddesinin 4. bendinde yer alan “Araçların, arıza, kaza ya da herhangi bir nedenle işe çıkamaması halinde hizmetin aksamaması için eşdeğer araç 24 saat içinde temin edilecektir. Aksi halde her bir araç için günlük 500 (beş yüz) TL hakedişinden kesilecektir.”

İstekli firmalar açısından özellikle ceza oranı ve miktarı o ihaleye katılmak için önemli bir faktördür.

Gecikme cezasının oranının yüzde 2 olarak belirlendiği bir mal alım ihalesinde istekli firmalar eğer ilgili malı 10 gün geciktirmeleri durumunda (günlük yüzde 2 x 10) sözleşme bedelinin yüzde 20’si gibi bir cezanın uygulanacağını bilmesi şüphesizdir ki o ihaleye katılmak için gözönüne alınması gereken hatta zaman zaman ihaleye katılma konusunda caydırıcı bir faktör olacaktır.

3. İHALELERDE CEZAYA GETİRİLEN İLK ÜST SINIR: HİZMET ALIM İHALELERİ

Görülmektedir ki ihalede sözleşme tasarılarında yer alan cezai müeyyideler isteklilerin ihaleye katılımını teşvik edici veya caydırıcı nitelikte olabilmektedir. Ancak sözleşme akdedildikten sonra yüklenici firmanın kamu ihale hukuku özelinde sözleşmeden sözleşmesi feshedilmeden cayma hakkı olmadığından ötürü ve sözleşmesinin feshedilmesi durumunda

sözleşme bedelinin yüzde 6'sı oranında kesin teminatının idare tarafından gelir olarak kaydedilmesi ve kamu ihalelerinden 1 yıl ile 2 yıl arasında yasaklanması gibi müeyyideler karşısında yüklenici firmalar bazen sözleşmeye devam etmeye çalışmaktadırlar.

2015 yılında Kamu İhale Mevzuatında yapılan değişiklik ile hizmet alım ihalelerinde aşağıdaki düzenleme yapılmıştır.

“Madde 17 – Cezalar ve kesintiler

17.1. İdare tarafından uygulanacak cezalar aşağıda belirtilmiştir.

17.1.1. Kısmi kabul öngörülen işlerde, yüklenicinin kısmi kabule konu olan işleri süresinde tamamlamaması durumunda, İdare tarafından en az on gün süreli yazılı ihtar yapılarak gecikilen her takvim günü için kesilecek ceza miktarı, süresinde tamamlanmayan kısmın bedelinin OnBindeÜçü (% 0,03)'ü olacaktır. Ancak, gecikmeden kaynaklanan aykırılığın işin niteliği gereği giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde, 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın sözleşme idarece feshedilecektir. Sözleşmenin feshedilmemesi halinde ise sözleşme bedelinin % 1'ini geçmemek üzere idarece bu maddede belirlenecek oranda ceza uygulanacaktır.

İdare tarafından kesilecek cezanın toplam tutarı, hiçbir durumda, sözleşme bedelinin % 30'unu geçmeyecektir.

17.2. Yukarıda belirtilen cezalar ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın yükleniciye yapılacak ödemelerden kesilir. Cezanın ödemelerden karşılanamaması halinde ceza tutarı yükleniciden ayrıca tahsil edilir.”

Böylece hizmet alım ihalelerinde yüklenici firmalara uygulanabilecek olan cezalar için bir üst tavan getirilmiş olunmuştur. Uygulamada yüklenici firmalar sözleşmeleri feshedilmeden sözleşme bedelinin yüzde 30'u oranında ceza

ödeyerek sözleşme sürecini tamamlayabiliyorlardı.

4. YAPIM İŞİ İHALELERİNDE UYGULANABİLECEK CEZALARA İLİŞKİN YENİ DÜZENLEMENİN GETİRDİKLERİ

Hizmet alım ihalelerinde yüklenici firmalara uygulanabilecek olan cezai müeyyideler için bir üst tavan bulunmaktayken; yapım işi ihalelerinde bulunmaması yapım işi müteahhitlerince bir talep olarak gündeme getirildi. Hizmet alım ihalelerinde uygulanacak cezaya ilişkin düzenlemeden 4 yıl sonra yapım işi ihalelerinde de ceza uygulanacak tavan belirlenmiştir.

4.1. Yeni Düzenleme

08.08.2019 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren yeni düzenlemelerde yapım işlerinde yeni düzenlemeler yürürlüğe girmiştir.

Yeni akdedilecek sözleşmelerde aşağıdaki hüküm yer alacaktır.

“25.7. Gecikme halinde uygulanacak cezalar dahil sözleşme kapsamında kesilecek cezaların toplam tutarı, hiçbir durumda, ilk sözleşme bedelinin % 15’ini geçemez. Toplam ceza tutarının, ilk sözleşme bedelinin % 15’ini geçmesi durumunda, bu orana kadar uygulanacak cezanın yanı sıra 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”

Görüleceği üzere yapım işlerinde kesilecek cezalar için bir üst tavan getirilmiş durumdadır. Sözleşme kapsamında kesilecek cezaların toplam tutarı, hiçbir durumda, ilk sözleşme bedelinin % 15’ini geçemeyecektir. Ayrıca hizmet alım ihalelerinden farklı olarak uygulanacak cezanın yüzde 15’i geçmesi durumunda sözleşmenin feshedilmesi uygulaması getirilmiştir.

4.2. Yeni Düzenlemenin Bir Örnekle Açıklanması

Bu hususu bir örnekla açıklayalım.

Yapım işi ihalesine ilişkin sözleşmenin bedeli 1 milyon TL olsun.

Yapım işi ihalelerinde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 24'üncü maddesi uyarınca yüzde 20 oranına kadar iş artışı yapılabilir.

Ancak yeni hüküm uyarınca yükleniciye uygulanabilecek maksimum cezai müeyyide sözleşmenin ilk bedeli olan 1.000,000 * %15= 150.000,00 TL tutarında olacaktır. İş artışı miktarı dahil sözleşme bedeli olan 1.000.000 + 1.000.000,00 x % 20= 1.200.000,00 TL üzerinden tavan ceza miktarı hesaplanmayacaktır.

4.3. Cezai Müeyyidenin Üst Tavanı Aşma Durumunda Nasıl Hareket Edilmesi Gerekmektedir?

Toplam ceza tutarının, ilk sözleşme bedelinin % 15'ini geçmesi durumunda ise yüklenicinin sözleşmesi feshedilecektir. Böylece gerek idarelerce gerekse yüklenici firmalar açısından kontrol edilmesi gerekli yeni bir alan daha ortaya çıkmış durumdadır. Bu uygulama hizmet alım ihalelerindeki ceza tavan uygulamasından farklılık arz etmektedir.

Sözleşmenin fesih işlemleri ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20'nci maddesi (b) bendi çerçevesinde gerçekleştirilecektir. İlgili düzenleme uyarınca yüklenicinin sözleşme bedeli üzerinden yüzde 6 oranında alınan kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatları ihaleyi gerçekleştiren idare tarafından gelir olarak kaydedilecek olup ilgili firma kamu ihalelerinden en az 1 yıl en çok 2 yıl arasındaki süre için yasaklanacaktır.

SONUÇ

Yapım işi ihaleleri ülkemizdeki yol, köprü, kamu kurumu inşaatları, şehir hastaneleri gibi devasa projeler çerçevesinde düşünüldüğünde kamu ihaleleri içersinde belkide en fazla ehemmiyet verilen bir alandır.

İhaleye katılmak isteyenleri bekleyen bir çok hukuki prosedür bulunmakla birlikte ihalenin kazanılması durumunda yüklenici diyebileceğimiz müteahhitleri de bekleyen sorunlu alanlar bulunmaktadır.

Hizmet işlerinde yüklenici firmalara idare tarafından kesilebilecek cezai müeyyidenin tavan ceza uygulaması yapım işi ihalelerinde de uygulanmaya başlanmıştır. Yeni dönemde gecikme halinde uygulanacak cezalar dahil sözleşme kapsamında kesilecek cezaların toplam tutarı, hiçbir durumda, ilk sözleşme bedelinin % 15'ini geçemeyecektir. Toplam ceza tutarının, ilk sözleşme bedelinin % 15'ini geçmesi durumunda, bu orana kadar uygulanacak cezanın yanı sıra 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendine göre protesto çekmeye gerek kalmaksızın yüklenicinin kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşmesi feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilecektir.