

YAPIM İŞLERİNDE GEÇİCİ VE KESİN KABUL İŞLEMLERİNİN GERÇEKLEŞTİRİLME SÜRECİ VE KARŞILAŞILAN HUKUKİ SORUNLAR

Yaşar GÖK

Sayıştay Başdenetçisi

I-GİRİŞ

Yapım sözleşmelerini de kapsamına alan eser (istisna) sözleşmelerinde müteahhide ait yükümlülüklerden birisi de, sözleşmeye uygun biçimde meydana getirilmiş eseri teslim borcudur. Teslim, eser üzerinde iş sahibinin fiili egemenliğinin sağlanmasıdır.

Eserin tesliminin söz konusu olabilmesi için sözleşmeye uygun olarak tamamlanmış olması gerekir. Ancak, eserin bitmiş sayılmasını engellemeyen küçük noksanlıklar ve tâli işler teslimde engel olmaz.

Teslim ve tesellüm (teslim alma) birbirinin karşılığı olan ve aynı olayı biri müteahhit açısından diğeri ise iş sahibi açısından ifade eden kavramlardır. Buna karşılık eserin kabulü hukuki bir terim olarak tesellümden farklı bir olgudur. Eserin kabulü, müteahhidin yaptığı işlerin sözleşmeye uygun görüldüğü ve ayıp iddiasında bulunulmayacağı hususunda iş sahibinin irade beyanı niteliğindedir. (BK. md. 362) Bu ise teslimden sonraki bir aşamayı ifade eder.

Borçlar Kanunu, eserin kabulü ile ilgili yöntem ve esasları büyük ölçüde taraflarca düzenlenecek sözleşme hükümlerine bırakmışken, Devletin taraf olduğu yapım sözleşmelerinde, eserin kabul sürecine ilişkin yöntem ve esaslar şartname ve yönetmelik hükümleriyle belli kurallara ve şekil koşullarına bağlanmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun "Muayene ve Kabul İşlemleri" başlıklı 91 inci maddesinde;

"Teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri, idarelerce kurulacak en az üç kişilik muayene ve kabul heyetleri tarafından yapılır.

Muayene ve kabul işlemlerinin nasıl yapılacağı, Milli Savunma, Maliye ve Bayındırlık Bakanlıklarınca hazırlanacak Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikte gösterilir."

Denilmek suretiyle uygulamanın yasal temeli oluşturulmuş, söz konusu madde hükmüne istinaden hazırlanan Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelik hükümleriyle de, geçici ve kesin kabul işlemlerinde izlenecek yönetime ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.

Yapım işlerinin kabul işlemleri konusundaki temel düzenleme ise Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde (BİGŞ) yer almaktadır. Yapım sözleşmelerinin doğal eki niteliğindeki BİGŞ konuyu "Kabul İşlemleri" bölümünde geçici ve kesin kabul başlıkları altında geniş biçimde ele almış ve her iki aşamanın gerçekleştiriliş sürecine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer vermiştir.

BİGŞ nin öngördüğü sisteme göre geçici ve kesin kabul aşamalarının her ikisi de kabul işleminin bir parçasını oluşturmakla birlikte, Borçlar Kanununun 362 nci maddesinde ifade edilen anlamda kabul olayı kesin kabul aşamasında söz konusu olmaktadır.

Teslim borcunun ifası zamanı ise, sözleşmede eserin teslimi için kararlaştırılan sürenin dolduğu tarihtir.

II- GEÇİCİ KABUL İŞLEMLERİ

Geçici kabul işlemlerinde uygulanacak yöntem ve esaslar başta BİGŞ nin 41 inci maddesi olmak üzere Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelik hükümleriyle düzenleme altına alınmıştır.

Konu aşağıda söz konusu şartname ve yönetmelik hükümleri çerçevesinde, geçici kabulde izlenecek yöntem ve esaslar bakımından analiz edilecek, gerekli olduğu durumlarda Borçlar Kanununun ilgili hükümlerine de değinilecektir.

A. Geçici Kabul Talebi ve Ön İnceleme Aşaması

BİGŞ nin 41 inci maddesine göre; sözleşme konusu iş tamamlandığında, müteahhit idareye vereceği dilekçe ile (telgraf veya teleksle de olabilir) geçici kabul isteğinde bulunur.

Eğer iş sözleşmede öngörülen tarihte bitirilecek durumda ise müteahhit, geçici kabul talebini, her hangi bir gecikme iddiasının gündeme gelmesi için iş bitim tarihinden önce idareye iletir. İş sözleşmede öngörülen tarihte bitirilememiş ve cezalı çalışma durumu söz konusu olmuş ise, anılan talep işin fiilen tamamlandığı tarihte idareye intikal ettirilir.

BİGŞ, geçici kabul talebinin idareye yapılacağı hükmünü amir olduğundan söz konusu talebin kontrol teşkilatına değil idareye iletilmesi gerekmektedir.

Müteahhidin bu talebi üzerine idare, kontrol teşkilatına yapılan işlerin ön incelemeden geçirilmesi talimatını verir. Kontrol teşkilatınca maddi bir engel bulunmadığı takdirde en çok otuz gün içinde yapılan iş ön incelemeye tabi tutulur. Sözleşmesinde erken bitirme primi verilmesi öngörülen işlerde ön incelemenin beş gün içinde yapılması gerekmektedir. Yapılan ön inceleme kapsamında; iş, sözleşme ve ekleri ile teknik ve sanat kurallarına uygunluk açısından incelenir ve geçici kabule engel bir hususun bulunup bulunmadığı hususu tespit edilir.

Kontrol teşkilatınca yapılan ön inceleme sonucunda;

- İşin, sözleşme ve ekleri ile teknik ve sanat kurallarına uygun biçimde eksiksiz ve kusursuz olarak tamamlanmış olduğu,

- İşte kusur ve eksiklikler bulunmakla birlikte, kusurlu ve eksik kısımların bedelleri toplamının işin tamamına ait bedelin %5 inden fazla olmadığı ve söz konusu oranı geçmeyecek kusur ve eksikliklerin aynı zamanda işin idareye teslimine ve kullanılmasına engel teşkil etmediği ve her hangi bir tehlikeye meydan vermediği,

tespit edilirse, "Geçici Kabul Teklif Belgesi"⁽¹⁾ düzenlenmek suretiyle yetkili makama gönderir.

Kontrol teşkilatınca yapılan ön inceleme sonucunda, işte kusur ve eksikliklerin varlığı ve bu kusurlu ve eksik işler toplamının işin tamamına ait bedelin %5 inden fazla olduğu ya da %5 den küçük olmakla birlikte işin idareye teslimine ve kullanılmasına engel teşkil ettiği veya her hangi bir tehlikeye neden olduğu belirlenirse, durum bir tutanakla tespit edilir ve işin geçici kabule hazır olmadığı hususu idareye bildirilir. Bu durumda müteahhit - izin verildiği sürece- cezalı çalışmak suretiyle işi tamamlar ve işin tamamlanmasından sonra geçici kabul talebinde bulunur.

Yukarıda belirtilen %5 lik eksik ve kusurlu işlerin tespitinde, eksik ve kusurlu işlerin sözleşme yılı birim fiyatlarıyla tutarının işin toplam keşif bedeline (yasal keşif artışı dahil) oranı dikkate alınır.

Müteahhit başvurusunda gecikmiş olursa veyahut işi süresinde kabul elverişli duruma getirememişse, sözleşmeye göre işin bitmesi gereken tarihte kontrol teşkilatı veya idarece görevlendirilecek iki eleman tarafından iş, yerinde incelenerek o günkü durum bir tutanakla tespit edilir. Bu inceleme sırasında müteahhidin veya vekilinin de hazır bulunması gereklidir. Müteahhide yapılacak tebligata rağmen kendisi veya vekili gelmezse, kontrol teşkilatı veya idare bu incelemeyi tek taraflı olarak yapar ve düzenlenen tutanakta bu husus belirtilir.

Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca hazırlanan Tıp Sözleşmenin 20 nci maddesine göre, yapılan ön incelemede işin geçici kabule hazır olmadığı tespit edilirse, eksik ve kusurlu işleri gösteren tutanak kontrol veya tutanağı düzenleyen memurların işin yaklaşık bitim tarihini tespit eden düşüncesi ile birlikte en geç üç gün içerisinde idareye gönderilir.

(1) "Geçici Kabul Teklif Belgesi" örneği Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelik ekinde (Örnek:1) yer almaktadır.

B. Geçici Kabul Heyetinin Teşkili, Görevi ve Karar Alma Süreci

1. Geçici Kabul Heyetinin Teşkili

Kontrol teşkilatının geçici kabule engel bir husus bulunmadığı yönündeki geçici kabul teklif belgesinin yetkili makama intikalinden itibaren en geç on gün içinde yetkili makam tarafından geçici kabul heyeti oluşturulur ve söz konusu heyet bu süre içinde kabul işlemine başlar. Sözleşmesinde erken bitirme primi verilmesi öngörülen işlerde ise heyetin teşkili ve göreve başlama süresi beş gündür. BİGŞ'nde ve Yönetmelikte heyeti teşkil edecek yetkili makam konusunda bir açıklık olmamakla birlikte söz konusu makamın idare adına sözleşmeyi imzalayan (akıit makam) olması gerektiği kanaatindeyiz.

Geçici veya kesin kabul heyetlerinin kurulması konusuna Yönetmeliğin 3 üncü maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre; geçici ve kesin kabul heyetleri yetkili makam tarafından, biri başkan olmak üzere en az üç kişiden oluşturulur. İşin önemi, niteliği ve nev'i göz önünde bulundurularak gerektiğinde heyetin üye sayısı artırılır.

İşin kontrollüğünde fiilen görevli olanlar heyetlere başkan ve üye olarak alınmazlar. Ancak kabul çalışmaları sırasında hazır bulunurlar.

Yönetmeliğin 3 ve 180 sayılı Bayındırlık ve İskan Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nin 9 uncu maddesinin (c) bendine göre, Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca yeterli teknik teşkilatı olduğu kabul edilenler dışında kalan katma bütçeli idareler ile belediyelerin kuracakları kabul heyetlerine, ayrıca bu Bakanlıktan bir üyenin de katılması zorunludur.

Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca yürütülen işlerde ise, kabul heyetlerine ilgili kuruluştan da bir üyenin müşahit olarak katılması gerektiği hususu söz konusu Bakanlıkça hazırlanan 10.9.1979 tarih ve Yapım Dai. Bşk. İh. İş. Tak. Gr. 99-2/B.06./13645-B sayılı Genelge ile duyurulmuştur.

2. Geçici Kabul Heyetinin Görevi

Geçici kabul heyeti, kurulmasından sonra en geç on gün içinde iş yerine giderek müteahhit tarafından yapılmış işleri muayene eder; on günlük süre mecburiyet halinde yetkili makamca uzatılabilir.

Kabul heyeti varsa keşif artışı ile yaptırılan işler de dahil olmak üzere gerçekleştirilen işlerin türünü, niteliğini, sözleşme ve ekleri ile teknik gerekçelere ve iş sırasında onaylanan değişikliklere uygunluğunu ve kabule hazır olup olmadığını inceler.

Yapılan inceleme sırasında, sözleşmeye göre gerekli görülen yükleme deneyi veya buna benzer diğer teknik deneyler, kabul heyetinin istemesi halinde müteahhit tarafından yapılır veya yaptırılır. Ayrıca kabul heyeti, müteahhidin yaptığı işte tereddüt doğuran durumlar görürse güven sağla-

mak için, sözleşmede yazılı olmasa bile, her türlü giderleri müteahhide ait olmak üzere yükleme ve benzeri deneylerin yapılmasını isteyebilir.

Kabul işlemlerinde BİGŞ ve Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelik hükümleri yanında varsa işin sözleşmesindeki özel hükümler de göz önünde bulundurulur.

Geçici kabul heyeti yaptığı incelemeler sonucunda işi geçici kabule hazır bulmadığı takdirde durumu bir tutanakla tespit eder ve idareye bildirir. Bu durumda geçici kabul yapılmamış sayılır.

Yapılan incelemeler sonunda işin, sözleşme ve ekleri ile teknik ve sanat kurallarına uygun biçimde eksiksiz ve kusursuz olarak tamamlanmış olduğu ya da mahiyeti aşağıda açıklanan kabule engel teşkil etmeyecek kusur ve eksiklikleri tespit ederse işi kabul eder ve geçici kabul tutanağını düzenlemek suretiyle ilgili makama gönderir.

Yapılan incelemede işte kusur ve eksiklikler bulunduğu, ancak kusurlu ve eksik kısımların bedelleri toplamının işin tamamına ait bedelin %5 inden fazla olmadığı ve söz konusu oranı geçmeyen kusur ve eksikliklerin aynı zamanda işin idareye teslimine ve kullanılmasına engel teşkil etmediği ve her hangi bir tehlikeye meydan vermediği anlaşılırsa, aşağıda "geçici kabulde tespit edilen kusurlu ve eksik işler" başlığı altında geniş biçimde açıklandığı üzere, kabul heyeti geçici kabul tutanağını düzenlemekle birlikte söz konusu eksikliklerin tamamlanması için gerekli süreyi de tespit eder.

3. Geçici Kabul Tutanağının Düzenlenmesi

Geçici kabul heyeti yapmış olduğu muayene ve incelemeler sonucunda, işi geçici kabule hazır bulunduğu takdirde, işin genel durumunu belirten görüşlerini ve uygun göreceği diğer kayıt ve şartları belirten beş nüsha geçici kabul tutanağı⁽²⁾ düzenler ve kabul heyeti başkanı düzenlenen tutanakları ilgili makama gönderir.

Kabul heyetince yapılan inceleme ve muayene çalışmalarına müteahhit ya da vekilinin de katılması ve düzenlenen tutanağı imzalaması gerekmektedir. Müteahhit veya vekili, yazı ile yapılacak çağrıya rağmen kabul çalışmalarında hazır bulunmadığı veya kabul tutanağını imzalamak istemediği takdirde bu husus tutanakta ayrıca belirtilir.

(2) "Geçici Kabul Tutanağı" Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelik ekinde (Örnek:2) yer almaktadır.

Geçici kabul muayenesi sırasında kabule engel teşkil etmeyen kusur ve noksanlıklar tespit edilmişse, bunların giderilmesi için gerekli süre belirlenir ve ayrı bir madde altında kabul tutanağına yazılır. Bu durumda geçici kabul tutanaklarından dört adedi heyet başkanı tarafından ilgili makama, bir adedi de kontrol teşkilatına gönderilir.

Tamamlanması gerekli olan ve geçici kabul tutanağında maddeler halinde gösterilen kusur ve noksanların tamamlanması için bunların giderilme bedelleri de her maddenin altına yazılır.

Kusur ve noksanları belirleyen bütün sayfeler kabul heyeti üyelerince aynı tarihte imzalanır.

Varsa nefaset kesintisi de her kusurlu iş için ayrı ayrı tespit edilmek ve gerekçeleri de belirtilmek suretiyle geçici kabul tutanağında gösterilmelidir.

Uygulamada zaman zaman, geçici kabul tutanağında gösterilen ve müteahhide giderilmesi için süre tanınan eksik ve kusurlu işler için; ".....işin yapılması, yapılmadığı takdirde (.....) TL. kesilmesi" şeklinde bir kayıt düşülmektedir ki bu tür bir uygulamayı nefaset kesintisinin amacıyla ve konuyu düzenleyen BİGŞ ve Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelik hükümleriyle bağdaştırmak mümkün değildir. Zira, nefaset kesintisinin amacı, mahiyeti aşağıda açıklandığı üzere, giderilmesi mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybı gerektiren kusurlu ve eksik işler için eserde meydana getirdiği değer azalışı ölçüsünde bir bedel kesmektir. Dolayısıyla giderilmesi mümkün olan ve müteahhide süre verilen işler için, geçici kabul tutanağında, yapılmadığı takdirde nefaset farkı da kesilebilir gibi bir kayıt düşmek mümkün değildir. Bu nitelikteki işler, belirlenen sürede müteahhide ikmal ve ıslah ettirilmeli, verilen süre içerisinde bu mümkün olmamışsa, müteahhit nam ve hesabına yaptırılmalıdır. Konu aşağıda ilgili başlıklar altında ele alınmıştır.

Kabul heyeti kararını çoğunlukla verir. Oylar eşit olduğu takdirde başkanın bulunduğu taraf tercih edilir. Karara karşı olan üyeler, karşı kalma sebeplerini kararın altına yazarak imza etmek zorundadırlar. Kararlarda çekimser kalınmaz.

Geçici kabul tutanağı yetkili makam tarafından onandıktan sonra geçerli olur.

C. Geçici Kabul İtibar Tarihi

Müteahhidin işi sözleşmede veya en son verilen süre uzatım kararında öngörülen iş bitim tarihinde tamamladığı kontrol teşkilatı tarafından yapılan ön incelemede tespit edilmiş, ancak kabul heyetinin iş yerine gitmesi ve kabulü yapması her hangi bir nedenle gecikmiş ise, kabul tutanağında işin fi-

len bitmiş olduğu tarih gösterilir ve söz konusu tarih işin geçici kabul tarihi kabul edilir.

Örneğin, en son süre uzatım kararıyla bitim tarihi 20.5.2000 olarak belirlenen bir işte söz konusu tarih itibariyle işin fiilen tamamlandığını ve bu hususun kontrol teşkilatınca yapılan ön incelemede tespit edildiğini, ancak geçici kabul komisyonunun inceleme için iş yerine 10.6.2000 tarihinde geldiğini ve geçici kabul işlemini 18.6.2000 tarihinde bitirerek geçici kabul tutanağını tanzim ettiğini varsayalım. Bu durumda geçici kabul tarihi olarak işin fiilen tamamlandığı 20.5.2000 tarihi kabul edilecek ve geçici kabul tutanağının sonuç bölümüne de kabul tarihi olarak da söz konusu tarih yazılacaktır.

Müteahhit geçici kabul talebinde bulunmuş olmasına rağmen kontrol teşkilatının ön incelemeyi geciktirmesi halinde de yapılan işte kabule engel teşkil eden kusur ve eksiklikler bulunmadığı takdirde geçici kabul tarihi olarak işin fiilen bittiği tarihe itibar edilir.

D. Vaktinden Önce Teslim

İşin sözleşmede öngörülen bitim tarihinden önce tamamlanarak geçici kabule hazır hale getirilmesi durumunda yapılacak uygulamaya ilişkin olarak BIGŞ nin 28 inci maddesinde;

"İşin erken bitirilmesi halinde, müteahhidin isteği üzerine, idare sözleşmedeki bitim tarihini beklemeksizin "Kabul İşlemleri" bölümünde belirlenen usullere uygun olarak kabul işlemlerini tamamlar"

Denilmektedir.

Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca hazırlanan Tip Sözleşmenin 22 nci maddesinde ise;

"İşin taahhüt edilen günden önce bitirilmesi halinde idare geçici kabul işlemini uygulayacaktır. Teminat süresi bu suretle yapılan geçici kabulün itibar edildiği tarihten itibaren başlar."

Hükmü yer almaktadır.

Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde, müteahhidin sözleşmeye göre işin bitmesi gereken tarihten önce geçici kabul talebinde bulunması halinde, normal geçici kabul işlemleri yürütülerek işin geçici kabulü yapılacak, ancak teminat süresinin başlangıç tarihi işin sözleşmeye göre bitmesi gereken tarih değil erken gerçekleştirilen geçici kabulün itibar edildiği tarih olacaktır.

E. Geçici Kabulde Tespit Edilen Kusurlu ve Eksik İşler

Konunun ayrıntısına geçmeden önce kusurlu iş ve eksik iş kavramlarına değinmekte fayda görölmektedir.

Eserdeki kusur, sözleşmede üzerinde anlaşılan vasıfların veya teknik olarak gerekli vasıfların bulunmaması şeklinde kendisini gösterir. Sözleşmede tarafların üzerinde uyuştuğu vasıflar yer, biçim, ölçü, imal tarzı, renk gibi somut eseri belirlemeye yarayan genel vasıflar veya genel olarak belirlenmiş eseri daha yakından tanımlayan özel vasıflar (betonun taşıma gücü, kalorifer tesisatının ısıtma derecesi, çatının yalıtım biçimi vb.) olabilir. Bu vasıflardan birinin eksikliği eseri ayıplı kılar. Yapılarda bu vasıflar projelerde ve şartnamelerde gösterilir. Vasıflar hususundaki bu tür anlaşmalar eser sözleşmesinin içeriğinin bir parçasını oluşturur ve akdi nitelik taşır.⁽³⁾

Ayrıca sözleşme ve eklerinde eserin nitelikleri konusunda özel düzenlemeler olmasa bile eser teknik ve sanat kurallarına ve öngörülen amaca uygun biçimde yapılmalıdır. Bu nedenle amaca uygun ve normal yapıdaki bir eserin değer kalitesini taşımayan eser de ayıplıdır.⁽⁴⁾

Devletin taraf olduğı yapım sözleşmelerinde, söz konusu hususlara ilaveten, yapılan işlerin sözleşme eki genel ve özel teknik şartnamelere, projesine, birim fiyat tariflerine, yayınlanmış standartlara uygun gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Söz konusu belge ve normlarda öngörülen vasıfları taşımayan işler kusurlu sayılır.

Eksik işler ise, işin projesi gereğı yapılması gereken iş kısımlarının yapılmamış olması, bir başka ifadeyle natamam durumda bulunmasıdır.

Mahiyeti yukarıda açıklanan ve geçici kabulde tespit edilebilecek eksik ve kusurlu işleri kabul işlemine etkisi bakımından iki ayrı kategoride ele almak gerekmektedir.

1. Geçici Kabule Engel Teşkil Eden Kusur ve Eksiklikler

Aşağıda nitelikleri belirtilen kusurlu ve eksik işler geçici kabul işleminin yapılmasına engel teşkil eder.

-Kusurlu ve eksik işlerin bedelleri toplamının işin tamamına ait bedelin %5 inden fazla olması,

(3) TANDOĞAN, H. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri sh. 162

(4) Yargıtay HGK. 5.10.1960 Tarih ve E. 4-46, K. 248 sayılı kararı

- Kusurlu ve eksik işlerin bedelleri toplamı %5 den küçük olmakla birlikte, söz konusu kusur ve eksikliklerin işin idareye teslimine ve yapının kullanımına engel teşkil edecek nitelikte bulunması ve kullanıcılara yahut üçüncü şahıslara karşı her hangi bir tehlike oluşturmaması.

Bu durumda işin geçici kabulü yapılmaz. Söz konusu nitelikteki kusur ve eksikliklerin kontrol teşkilatınca yapılan ön incelemede belirlenmesi halinde, kontrol teşkilatı bu hususları tespit eder bir tutanak düzenlemek suretiyle durumu idareye intikal ettirir ve böylece geçici kabul işlemi söz konusu kusur ve eksikliklerin giderildiği tarihe ertelenmiş olur.

Kontrol teşkilatının söz konusu kusur ve eksikliklere rağmen ön inceleme sonucunda geçici kabul teklif belgesi düzenlemesi ve bu hususların geçici kabul komisyonunun muayene ve incelemesi sonucunda ortaya çıkması halinde, komisyon durumu bir tutanakla tespit eder ve idareye bildirir. Bu durumda da geçici kabul yapılmamış sayılır.

Kabule engel teşkil eden kusur ve eksiklikler nedeniyle geçici kabul işleminin yapılamadığı durumlarda, müteahhit cezalı çalışmak suretiyle söz konusu eksiklikleri giderdikten sonra geçici kabul talebinde bulunur. Müteahhidin bu talebi üzerine yapılacak geçici kabul işlemleri yukarıda izah edilen prosedür dahilinde gerçekleştirilir.

İş, hiç kabul edilemeyecek ölçüde ağır kusurlu ve ayıplı imal edilmişse, idare ne tür bir davranışta bulunacaktır?

Konunun izahına geçmeden önce "noksan iş" ile "kusurlu ve ayıplı imal edilmiş iş" ayrımına dikkat çekmekte yarar görülmektedir.

Kural olarak, inşa edilecek bir eser tamamen bittikten sonra teslim edilebilir.⁽⁵⁾ Henüz tamamlanmamış yahut noksan bir eserin teslim ve tesellümünden söz edilemez.⁽⁶⁾ Bu nedenle noksan işlerin (BİGŞ 'nin 41 inci maddesine göre kabule engel olacak ölçüde) varlığı eserin zamanında bitirilemediği ve müteahhidin teslimde geciktiği anlamına geleceğinden, iş sahibi idare ya müteahhidin cezalı çalışmasına imkân vererek işin tamamlanmasını ya da bu yolu faydasız görüyorsa müteahhidi temerrüde düşürerek sözleşmenin feshi yolunu tercih edebilir.

Ayıplı imal edilmiş bir işte ise, iş yapılmıştır ancak sözleşmeye veya teknik ve sanat kurallarına nazaran bir takım vasıf eksiklikleri taşımaktadır. Söz konusu vasıf eksiklikleri eserin teknik açıdan kullanımını engellemese bile, eser ayıplı sayılır.

(5) Yargıtay 15. HD. 'nin 13.11.1984 T. 984/1074-3475 sayılı kararı

(6) Yargıtay 15. HD. 'nin 7.4.1975 T. 3012-1891 sayılı kararı

Borçlar Kanununun "kusur halinde iş sahibinin hakkı" başlıklı 360 ncı madde hükmüne göre, işin, iş sahibinin kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı, sözleşme şartlarına aykırı gerçekleştirilmesi halinde iş sahibi kabulden imtina edebilir.

İş sahibinin nısfet kaidesine göre kabule zorlanamayacağı (kabulün ondan beklenemeyeceği) derecede ayıplı bir eser karşısında bulunulup bulunmadığı, somut olayın koşulları göz önüne alınarak, tarafların karşılıklı menfaatlerinin hakkaniyete göre tartılması suretiyle belirlenir. Örneğin, yapının kullanımının hayati tehlike arz ettiği, ayıbın eseri tamamıyla değersiz kıldığı, ayıpta müteahhidin ağır kusurunun bulunduğu durumlarda iş sahibi kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir.

İş sahibinin kabulden kaçınarak sözleşmeden dönmesi BK. md. 360/1 de yukarıdaki biçimde düzenlenmişken, aynı maddenin son fıkrasında eserin iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı durumlarda izlenecek hukuki yöntem ifade edilmiştir.

Buna göre, "iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olup da ref'i (kaldırılması) ve kal'i (yıkılması) fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak...." ikinci fıkra da yer alan ücretin indirilmesini veya eserin tamir veya düzeltilmesini isteyebilir, kabulden kaçınamaz.

Eserin kaldırılmasının müteahhit için aşırı bir zarara yol açıp açmadığı hakimın takdirine bağlıdır. (Medeni Kanun md.4) Hakim bu takdirini somut olayın koşullarını, özellikle eserin arsaya bağlı olarak arz ettiği kıymetle arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğünü dikkate alarak ortaya koyar.⁽⁷⁾

Yargıtay, iş sahibinin arsası üzerine yapılan bina kullanılamayacak derecede ayıplı ise, BK. md. 360/1 hükmü uygulanarak sözleşmenin feshedilmesini ve binanın yıktırılıp yükleniciden tazminat istenebilmesini kabul etmektedir.

Ayrıca, binanın kullanımının hayati tehlike arz ettiği ve yıkılmasında yasal zorunluluk bulunduğu durumları da aynı kapsamda değerlendirmek gerekmektedir.

2. Geçici Kabule Engel Teşkil Etmeyen Kusur ve Eksiklikler

İşin tamamına ait bedelin %5 inden fazla olmayan ve aynı zamanda işin idareye teslimine ve kullanılmasına engel teşkil etmeyen ve her hangi bir tehlikeye de meydan vermeyen kusur ve eksiklikler geçici kabule engel teşkil etmezler.

(7) TANDOĞAN, H. a.g.e sh. 183

Geçici kabul heyeti, teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren kusur ve eksiklikler için kesilecek uygun bir bedel (nefaset kesintisi) belirlemek; giderilmesi mümkün olan kusur ve eksikliklere ilişkin olarak ise, bunların dökümünü gösterir bir liste düzenleyerek giderilmeleri için gerekli süreyi de tespit etmek suretiyle geçici kabul tutanağını düzenler ve söz konusu hususları geçici kabul tutanağında gösterir.

Geçici kabul tutanağında gösterilen kusurlu ve eksik işlerin belirlenen sürede ıslah ve ikmal edilip edilmediğinin takibi kontrol teşkilatınca gerçekleştirilir. Yapılacak tespitler, müteahhit bulunsun veya bulunmasın bir tutanağa bağlanmak suretiyle idareye intikal ettirilir.

Belirlenen sürenin sonunda kusur ve eksiklikler giderilmişse kontrol teşkilatı durumu tutanağın altına kaydederek imzalar ve tutanağı ilgili makama gönderir. Eksikliklerin giderilmesi için verilen süre içerisinde müteahhide gecikme cezası uygulanmaz.

Söz konusu kusur ve eksiklerin verilen süre içerisinde ıslah veya ikmal edilmemesi durumunda ise, kontrol teşkilatı, BİGŞ nin 41 inci maddesinde düzenlendiği şekilde, müteahhide miktarı geçici kabul tutanağında gösterilen gecikme cezasını uygular. Ceza uygulamasına rağmen eksikliklerin otuz gün içinde de tamamlanamayacağının anlaşılması halinde müteahhit hesabına kusurlu ve eksik işlerin giderilmesi prosedürünün başlatılması için durumu idareye bildirir.

Konu aşağıda ceza uygulaması, müteahhit hesabına kusurlu ve eksik işlerin giderilmesi ve nefaset kesintisi başlıkları altında açıklanmıştır.

a. Ceza uygulaması

BİGŞ nin 41 inci maddesinin 6 ncı fıkrasına göre; kabul heyetinin tespit ettiği eksiklikler, belirlenen süre içinde müteahhit tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranı tutarında ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ötelenir. Ancak bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde idare, müteahhit hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ötelenir.

Eski BİGŞ nin 36 ncı maddesinde, kusurlu ve eksik işlerin verilen sürede ıslah ve ikmal edilememesi halinde sözleşmede yazılı günlük gecikme cezasının dörtte biri tutarında ceza uygulanacağı hükmü öngörülmüşken; mevcut BİGŞ bu tür durumlarda uygulanacak ceza konusunda belli bir oran öngörmemiş, söz konusu ceza tutarının giderilecek eksikliklerin durumuna göre geçici kabul komisyonunca belirleneceği düzenlemesini getirmiştir. Anılan hüküm nedeniyle kabul komisyonunun tespit ettiği eksik ve kusurlu

işlerin miktar ve niteliğine göre uygulanacak gecikme cezasının oranını belirlemesi ve bu hususu "Ekli listedeki kusurlu ve eksik işler için BİGŞ nin 41 inci maddesinde belirtilen günlük gecikme cezası sözleşmedeki günlük gecikme cezasınındür." şeklinde tutanağa şerh etmesi gerekmektedir.

b. Müteahhit hesabına kusur ve eksiklerin giderilmesi

BİGŞ nin 41 inci madde hükmüne göre, müteahhidin geçici kabulde tespit edilen eksik ve kusurlu işleri kendisine verilen süre içerisinde ikmal ve ıslah etmemesi ve verilen süreye göre gecikmenin otuz günü aşması durumunda idare müteahhit hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir.

Söz konusu maddede kusurlu ve eksik işlerin müteahhit nam ve hesabına yaptırılmasına ilişkin olarak izlenecek yöntemle değinilmemekle birlikte, bu husus genel olarak BİGŞ nin 23 üncü maddesinde "Müteahhidin Bakım ve Düzeltme Sorumlulukları" başlığı altında ele alınmıştır.

Anılan madde hükmüne göre, müteahhit tespit edilen eksiklikleri gidermediği takdirde, idare kendisinden bir yazı ile yükümlülüklerini yerine getirmesini ister, bu talimatın müteahhide tebliği tarihinden başlamak üzere, işin özelliğine göre talimat yazısında idarece daha uzun bir süre verilmemişse, müteahhit on gün içinde yükümlülüklerini yerine getirmeye fiilen başlamadığı veya başlayıp da belirlenen süre içinde teknik gereklerine göre işi bitirmediği takdirde, idare, söz konusu işleri, bütün giderleri müteahhide ait olmak üzere 2886 sayılı Kanunda gösterilen usullerden biri ile yaptırabilir ve bu işler için müteahhidin teminatından veya varsa diğer alacaklarından ödeme yapmaya yetkilidir.

BİGŞ nin öngördüğü yöntemi daha somut biçimde ifade etmek gerekirse, idare müteahhide hitaben noter aracılığı ile en az on gün süreli bir ihtarname keşide eder. İhtarnamede belirlenen süre içerisinde işe başlanması, aksi halde eksik ve kusurlu işlerin müteahhit hesabına bir başkasına yaptırılacağı hususu açıkça belirtilir. İhtarname ile verilen süre zarfında da işe başlanılmadığı takdirde, o tarihte geçerli birim fiyatlar üzerinden ikmal keşfi düzenlenir ve eksik ve kusurlu işler müteahhit hesabına yaptırılmak üzere 2886 sayılı Kanunda gösterilen ihale usullerinden uygun olanına göre ihale edilir.

Bu durumda müteahhit işin üçüncü kişiye yaptırılması nedeniyle doğan masraflardan, işin başkası tarafından yapılması sırasında kazaen meydana gelen zarardan ve kötü işin bırakıldığı kişi tarafından karşılanmayan sonuçlarından sorumlu olur. Ancak, iş sahibi idarenin üçüncü kişinin seçilmesinde veya ona talimat verilmesindeki kusurundan ileri gelen zararlar idareye aittir. (8)

(8) TANDOĞAN, H. a.g.e sh. 62,63

Söz konusu kusurlu ve eksik işlerin müteahhit hesabına giderilmesi süresince de yukarıda belirtilen cezanın uygulanmasına da devam edilir.

İdare, gerek kusur ve eksikliklerin müteahhit hesabına giderilmesi bedellerini, gerekse yukarıda açıklanan bekleme cezalarını müteahhidin hakedişinden, hakedişi kalmamışsa teminatından keser.

c. Nefaset kesintisi

Borçlar Kanununun 360 ıncı maddesinin 2 nci fıkra hükmüne göre, eserdeki ayıbın kabule engel olacak ölçüde önemli olmaması halinde, iş sahibi, müteahhide ödenecek ücrette eserdeki kıymet noksanı oranında indirim yapılmasını isteyebilir. Yapım işlerinde "nefaset farkı" ya da "nefaset kesintisi" olarak ifade edilen bu kesintinin hukuki dayanağını da anılan madde hükmü oluşturmaktadır.

Konu, BİGŞ 41 inci maddesinde Borçlar Kanunu hükümlerine paralel biçimde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre;

"Geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülme ve giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren, kusur ve eksiklikler görülecek olursa müteahhidin hakediş veya teminatından uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı ile, iş idare tarafından bu hali ile kabul edilebilir. Bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gereklidir. Müteahhit bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait olmak üzere, kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve gidermek zorundadır."

Anılan madde hükmü çerçevesinde, geçici kabulde tespit edilen kusurlu ve eksik işler dolayısıyla nefaset kesintisi yapılabilmesi için aşağıdaki koşulların oluşması gereklidir :

- Kusurlu ve eksik işler kabulü engellemeyecek nitelikte olmalıdır.

Kabulü engellemeyecek kusurlu ve eksik işlerin niteliğine yukarıda değinilmişti. Buna göre, işin tamamına ait bedelin %5 inden fazla olmayan ve aynı zamanda işin idareye teslimine ve kullanılmasına engel teşkil etmeyen ve her hangi bir tehlikeye de meydan vermeyen kusur ve eksiklikler geçici kabule engel teşkil etmezler.

- Nefaset kesintisine konu kusurlu ve eksik işler, teknik olarak giderilmesi mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybı gerektiren işlerden olmalıdır.

Borçlar Kanununun 360 ıncı maddesinde "büyük masraf", BİGŞ nin 41 inci maddesinde ise "fazla harcama" olarak geçen ve kusur ve eksikliklerin müteahhide tamir ve ıslah ettirilmesi yerine nefaset kesintisi yapılmasının kriterini oluşturan ifadede ne anlaşılması gerektiği hususuna gelince; konuya ilişkin yargı kararlarından ve bazı yazarların görüşlerinden çıkarılan sonuç, ayıbın giderilmesi için öngörülen masrafların, bu gidermenin iş sahi-

bi için taşıdığı yararlar orantısız olduğu durumlarda, aşırı bir harcamadan söz edilebileceği noktasındadır.⁽⁹⁾

Bu çerçevede örneğin, yapılmış olan sıva, boya, zemin ve duvar kaplama (seramik, fayans, mozaik, parke vb.) veya doğrama imalatlarında tespit edilen; işin projesine, özel ve genel teknik şartnamelere, teknik ve sanat kurallarına uygun düşmeyen vasıf ve kalite eksiklikleri nefaset kesintisine konu edilebilir.

Ancak, mevcut kusur ve eksiklikler teknik olarak ikmal edilebilecek nitelikte ise ve aşırı bir harcamayı gerektirmiyorsa nefaset kesintisi değil, müteahhide tamir ve ıslah ettirilmelidir. Bu anlamda vasıf ve kalite eksikliğinden ziyade hiç yapılmamış durumdaki noksan işlerin nefaset kesintisine konu edilmemesi, müteahhide ıslah ve ikmal ettirilmesi gerekmektedir.

Nefaset kesintisinin hesap tarzı konusunda BİGŞ'nde her hangi bir hükmün bulunmaması, kabul komisyonunca uygun görülecek bir bedelin kesilmesinden söz edilmektedir.

BİGŞ bu konuda bir yöntem getirmemiş olmakla birlikte, hesaplanacak nefaset farkının somut verilere dayanması gerekmektedir. Bunun için, nefaset kesintisine konu kusur ve eksiklikler nitelik ve nicelik olarak ayrıntılı belirlenmeli ve kabul tutanağına yazılmalı; nefaset kesintisi de belirlenen bu kusur ve eksikliklerin eserde meydana getirdiği değer azalmasını karşılayacak şekilde tespit edilmelidir.

Tespit edilen nefaset kesintisi tutarı geçici kabul tutanağında gösterilir. Müteahhidin söz konusu tutarı yüksek bularak itiraz etmesi halinde, geçici kabul komisyonu nefaset kesintisinden vazgeçerek söz konusu kusur ve eksikliklerin giderilmesi için gerekli süreyi belirleyerek bunların belirlenen süre içerisinde müteahhit tarafından ıslah ve ikmal edilmelerini temin eder. Bu husus BİGŞ'nde, "Müteahhit bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait olmak üzere, kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve gidermek zorundadır." şeklinde ifade edilmiştir.

III- TEMİNAT SÜRESİ VE MÜTEAHHİDE AİT YÜKÜMLÜLÜKLER

A. Teminat Süresi

Geçici kabul ile kesin kabul (kesin kabul işlemlerinin idarece onaylandığı tarih) arasında geçecek süreye teminat süresi denir. Teminat süresi, özellikle müteahhidin bakım, kusur ve eksiklikleri giderme ve muhafaza yükümlülüğünün süresini tespit bakımından önemlidir.

(9) Yargıtay 15. HD. 'nin 19.12.1990 T. 990/4829 - 5631 sayılı kararı, TANDOĞAN, H. a.g.e sh.192

BİGŞ nin 42 nci maddesine göre, bütün yapım ve hizmet işlerinde teminat süresi genel olarak on iki ay olmakla birlikte, bazı işlerin özelliğine binaen sözleşme ve eklerinde belirtilmek suretiyle bu süre artırılabilir veya ek-siltilebilir.

Teminat süresi aynı zamanda kesin kabulün yapılması gereken azami süreyi de belirlediğinden, bu süre içerisinde kesin kabul işlemlerinin de ikmal edilmesi gerekmektedir.

Teminat süresinin başlangıç tarihi mahiyeti yukarıda açıklanan geçici kabul itibar tarihidir.

Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca hazırlanan Tip Sözleşmenin 18 inci maddesinde, teminat süresinin (12) ay olduğu ve bu sürenin geçici kabulün itibar edildiği gün başlayacağı ifade edilmektedir.

B. Müteahhide Ait Yükümlülükler

BİGŞ nin 43 üncü maddesinde müteahhidin teminat süresindeki bakım ve giderlere ilişkin yükümlülüklerinin kapsamı ile yükümlülüğü dışında bulunan kötü kullanımdan mütevellit onarım giderlerine açıklık getirilmiştir. Ancak aynı maddede idarelerin, işin önem ve niteliğini göz önünde bulundurarak, teminat süresi içerisinde müteahhitlerin bakımlarını yapmakla yükümlü oldukları hususlarda sözleşme ve eklerine özel hükümler koyabilecekleri de belirtilmiştir.

1. Bakım Yükümlülüğü

Geçici kabulü yapılmış olan eser idarece kullanılsın ya da kullanılmı-sın teminat süresi içerisindeki bütün bakım giderleri müteahhide aittir. Bakım giderleri, her hangi bir kusur ve eksiğe dayanmayan, yapılmış olan inşaat ve tesisatın işler halde ve kullanıma hazır biçimde bulunmasını sağlamaya dönük periyodik hizmetlere ilişkin giderlerdir.

2. Muhafaza Yükümlülüğü

Yapılan işin teminat süresi içerisindeki muhafaza yükümlülüğü tümüyle müteahhide aittir. Bu husus BİGŞ nin 7 nci maddesinde de 43 üncü maddeye gönderme yapılmak suretiyle açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca söz konusu 7 nci maddede müteahhidin koruma yükümlülüğünün bir gereği olarak yapılan işin bütün kısımlarının müteahhit tarafından sigorta ettirilmesi zorunluluğu öngörülmüş ve bu yükümlülüğün teminat süresi içerisinde de devam edip etmeyeceğinin sözleşme ve eklerinde belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

3. Kusur ve Aksaklıkların Giderilmesi Yükümlülüğü

İdarenin kullanım ve işletiminden kaynaklanmayan kusur ve eksikliklerin giderilmesi de müteahhide aittir. Bu kusur ve eksiklikler geçici kabulden sonra ortaya çıkabileceği gibi, geçici kabulde tespit edilememiş ku-

sur ve eksiklikler de olabilir. Müteahhidin bu husustaki sorumluluğu BİGS nin 43 üncü madde hükmüne paralel biçimde 23 üncü maddede de açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre; üstlenilen yapım ve hizmet işlerinin her türlü sorumluluğu, kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanmasına kadar, tümüyle müteahhide aittir. Bu nedenle müteahhit, gerek malzemenin kötülüğünden ve gerekse yapım ve hizmet işlerinin kusur ve eksikliklerinden dolayı, idarece gerekli görülecek bütün onarım ve düzeltmeler ile sürekli bakım işlerini kendi hesabına derhal yapmak zorundadır.

C. Sorumluluğu Müteahhide Ait Olmayan Onarım Giderleri

Bitirilmiş yapıların idare tarafından kullanılma ve işletilmesinden kaynaklanan veya müteahhidin kusurları dışındaki nedenlerin gerektirdiği onarımlar müteahhidin bakım yükümlülüğünün dışındadır.

İdarenin kendi kullanımından kaynaklanan onarım giderlerinden müteahhidin sorumlu olmayacağı hususu açık olmakla birlikte, müteahhidin kusurları dışındaki nedenlerin gerektirdiği onarımların kapsamı tespit edilirken müteahhidin koruma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin belirlenmesi gerekmektedir.

IV- KESİN KABUL İŞLEMLERİ

Kesin kabul işlemlerinde uygulanacak yöntem ve esaslar, başta BİGS nin 44 üncü maddesi olmak üzere Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelik hükümleriyle düzenleme altına alınmıştır.

BİGS nin 44 üncü maddesinde, kesin kabul işlemlerinin geçici kabul işlemlerine ait esas ve usuller çerçevesinde yürütüleceği ifade edilmek suretiyle geçici kabul işlemlerini düzenleyen 41 inci maddeye gönderme yapılmış, Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelikte de kabul heyetlerinin teşkili, karar alma yöntem ve sorumlulukları geçici ve kesin kabul işlemleri için geçerli olmak üzere aynı başlık altında düzenlenmiştir. Bu nedenle kesin kabul işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılmasında ilgili mevzuatın gönderme yaptığı ölçüde geçici kabul işlemlerini düzenleyen hükümlerin de dikkate alınması gerekmektedir.

A. Kesin Kabul Zamanı ve Müteahhidin Başvurusu

Hem BİGS nin 44 üncü maddesinde hem de Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmeliğin 8 inci maddesinde kesin kabul sürecinin, kesin kabul için belirlenen tarihte müteahhidin başvurusu ile başlayacağı ifade edilmektedir. Kesin kabul için belirlenen tarihin hangi tarih olduğunu BİGS nin 42 nci maddesindeki düzenlemeden ve Tip Sözleşmenin ilgili hükümlerinden çıkartmak mümkündür.

BİGS nin anılan madde hükmüne göre; geçici kabul ile kesin kabul arasında geçen süre teminat süresidir ve sözleşmede farklı bir belirleme yapılmamışsa genel olarak teminat süresi (12) ay olarak uygulanır.

Tip Sözleşmenin 18 inci maddesinde ise, teminat süresinin (12) ay olduğu ve bu sürenin geçici kabulün itibar edildiği günden başlayacağı; 27 inci maddesinde de kesin kabul işlemlerinin, teminat süresinin dolmasını müteakip, müteahhidin yazılı isteği üzerine başlayacağı ifade edilmektedir.

Söz konusu hükümler çerçevesinde, müteahhit teminat süresinin olduğu tarihte idareye başvurmak suretiyle kesin kabul talebinde bulunacak ve böylece kesin kabul süreci başlamış olacaktır.

Geçici kabule ilişkin müracaatta olduğu gibi, müteahhit bu başvurusunu dilekçe, telgraf veya teleksle de yapma imkânına sahiptir.

Kesin kabul için belirlenen tarihten itibaren müteahhidin başvurusuna rağmen idarenin kesin kabulden kaçınması halinde, müteahhit, işin kesin kabule hazır olduğu ve idarenin kesin kabulden kaçındığı iddiasıyla tespit davası açabilir.⁽¹⁰⁾ Bu konuda görevli yargı mercii adliye mahkemeleridir.⁽¹¹⁾

B. Kesin Kabul Heyetinin Teşkili ve Görev Kapsamı

Müteahhidin müracaatı üzerine kontrol teşkilatınca iş yerinde yapılan inceleme sonucunda "Kesin Kabul Teklif Belgesi" ⁽¹²⁾ düzenlenmek suretiyle idareye intikal ettirilir. İdare, geçici kabul heyetinin teşkiline ilişkin hükümler çerçevesinde kesin kabul heyetini oluşturur ve durum yazılı olarak hem heyet üyelerine hem de müteahhide tebliğ edilir.

Kesin kabul heyeti, BİGŞ nin 41 ve 44 üncü maddelerinde yazılı hükümlere göre iş yerinde yapacağı incelemeler sonucunda işin kesin kabule hazır olup olmadığını tespit eder.

Heyetçe yapılacak çalışmaları söz konusu maddelere ilişkin hükümler çerçevesinde aşağıdaki biçimde sıralamak mümkündür:

- Gerekli görülen kısımların (özellikle tesisatla ilgili kısımların) işletme ve çalışma tecrübeleri yapılır.

- Teminat süresi içerisinde müteahhit tarafından yapılması gereken, sürekli bakım niteliğindeki işlerin sözleşme hükümlerine uygun biçimde yapılıp yapılmadığı tespit edilir.

(10) Yargıtay 15 HD. 20.3.1978 T. 577 E. 583 K..

(11) Danıştay 12. D. 1.11.1971 T. 2648 E. 2434 K.

(12) "Kesin Kabul Teklif Belgesi" Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelik ekinde (Örnek:3) yer almaktadır.

- Geçici kabul sırasında iyi durumda ve kabule elverişli olduğu tespit edilmiş olan işlerde teminat süresince idarenin kullanımı sonucu meydana gelen normal aşınma ve eksilmeden doğan durumlar dışında, işin ancak kötü yapılmasından kaynaklanabilecek her hangi bir bozukluğun veya geçici kablulden sonra ortaya çıkan bir kusurun olup olmadığı incelenir.

- Yapılan incelemeler sonucunda kesin kabule engel bir hususa rastlanılmadığı ya da aşağıda açıklandığı üzere kabule engel nitelikte görülmeyen kusur ve eksikliklerin bulunduğu durumlarda kesin kabul tutanağı düzenlenir ve ilgili makama sunulur.

- Teminat süresi içerisinde sorumluluğu müteahhide ait olmayan bir aksaklık veya eksiklik tespit edilmişse bu hususta tutanakta ayrıca belirtilir.

C. Kesin Kabul Tutanağının Düzenlenmesi

Kesin kabul heyeti yaptığı incelemeler sonucunda işi kesin kabule hazır bulduğu takdirde "Kesin Kabul Tutanağı"⁽¹³⁾ nı düzenler.

İnceleme sırasında kesin kabule engel nitelikte bulunmayan kusur ve eksikliklerin tespit edilmesi halinde, söz konusu kusur ve eksiklikler ile bunların giderilmesi için gerekli olan süre de kesin kabul tutanağında gösterilir.

Ayrıca kesin kabul incelemeleri sırasında, ilgili başlık altında açıklanmış olan nefaset kesintisine konu işlerin tespit edilmesi halinde, bunlar için kesilmesi gereken bedel de kesin kabul tutanağında gösterilir.

Kesin kabul tutanakları heyet tarafından beş adet olarak düzenlenir ve imza edildikten sonra heyet başkanı tarafından ilgili makama gönderilir. Kabul tutanakları ilgili makamca incelenip onandıktan sonra geçerli olur.

D. Kesin Kabulde Tespit Edilecek Kusur ve Eksiklikler

- Kusur ve noksanlar kesin kabule engel olacak nitelikte bulunduğu takdirde; söz konusu kusur ve noksanlar ile bunların giderilmeleri için gerekli olan süre tespit edilerek kabul heyeti tarafından bir tutanağa bağlanır ve durum idareye bildirilir. İdare söz konusu kusur ve eksikliklerin tutanakta belirlenen süre içerisinde giderilmesi hususunu müteahhide tebliğ eder. Bu durumda kesin kabul işlemlerinin tamamlanması söz konusu kusur ve noksanların giderilmesinden sonraya bırakılır ve kusur ve noksanların müteahhit tarafından giderildiği idarece tespit edildikten sonra kabul heyeti kesin kabul işlemlerini sonuçlandırır.

(13) "Kesin Kabul Tutanağı" Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelik ekinde (Örnek:4) yer almaktadır.

İşin hiç kabul edilemeyecek ölçüde ağır kusurlu ve ayıplı imal edildiğinin kesin kabul aşamasında belirlenmesi halinde idarenin ne tür bir davranışta bulunacağı konusunda ise, geçici kabul işlemleriyle ilgili kısımda ifade edilenler kesin kabul aşamasıyla ilgili olarak da aynen geçerli olduğundan burada tekrarlanmayacaktır.

- Kusur ve noksanlar kabule engel olmayacak nitelikte bulunduğu takdirde kesin kabul tutanağı düzenlenmekle birlikte, söz konusu kusur ve noksanlar tutanağa eklenecek listelerde gösterilir ve bunların giderilmeleri için gerekli süre tespit edilerek ayrıca tutanakta belirtilir. Bu durumda kesin kabul tutanağının yetkili makamca onaylanması ve işleme konulması söz konusu kusur ve noksanların tamamlandığının kontrol teşkilatı tarafından tespit edilip bildirilmesinden sonraya bırakılır.

- Yukarıdaki her iki durumda da kesin kabul heyetince tespit olunan sürelerde kusur ve noksanlıklar müteahhit tarafından giderilmezse, idare ya müteahhide BİGŞ nin 41 inci maddesinde belirtilen cezayı uygulayarak eksiklik ve kusurların giderilmesini bekler, ya da gecikme otuz günü geçerse ceza uygulamasına devam etmekle birlikte kusur ve eksiklikleri müteahhit hesabına kendisi giderir. İdare, gerek kusur ve eksikliklerin müteahhit hesabına giderilmesi bedellerini, gerekse bekleme cezalarını müteahhidin hakedişinden, hakedişi kalmamışsa teminatından kesmeye yetkilidir.

İdarenin ceza uygulaması ve eksiklik ve kusurları müteahhit hesabına kendisinin gidermesi konusunda geçici kabul işlemleri kısmında yapılan açıklamalar kesin kabul işlemleri için de aynen geçerli bulunmaktadır.

- BİGŞ nin 23 ve 44 üncü maddelerine göre, kesin kabul tarihine kadar geçen zaman içinde her hangi bir aksaklığın görülmesi halinde, bu aksaklıklar müteahhit tarafından söz konusu madde hükümleri çerçevesinde düzeltilip onarılmakla birlikte, idare, işin niteliğine göre, aksaklığı tespit edilen iş kısımlarının kesin kabullerini uygun bir tarihe erteleyebilir. Bu takdirde kabulü ertelenen kısım için, idarenin uygun göreceği bir miktarda teminat alınır. (BİGŞ md. 23)

E. Kesin Kabulün Hukuki Sonuçları

Borçlar Kanununun "İşin Kabulü" başlıklı 362 nci maddesinde;

"Yapılan şeyin sarahaten veya zımnen kabulünü müteakip müteahhit, her türlü mesuliyetten beri olur. Ancak müteahhidin kasten sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahede edilemeyecek olan kusurlar hakkında mesuliyeti bakidir."

Denilmekte,

Sözleşme eki BİGŞ nin 23 üncü maddesinde de, üstlenilen işin her türlü sorumluluğunun kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanması tarihine kadar tümüyle müteahhide ait olduğu ifade edilmektedir.

Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmeliğin 12 nci maddesinde ise;

"Kesin kabul tutanakları idarece onandıktan sonra, müteahhidin sözleşme konusu işinden dolayı idareye karşı hiç bir sorumluluğu kalmaz. Ancak, 2886 sayılı Kanunun 56 ve 87 nci maddeleri hükümleri saklıdır."

Hükmü yer almaktadır.

Söz konusu Kanun, Şartname ve Yönetmelik hükümlerinden, kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanmasından itibaren müteahhidin;

- BİGŞ nin 7 nci maddesinde düzenlenmiş olan iş ve işyerlerinin korunması ve sigortalanması,

- BİGŞ nin 23, 43, ve 44 üncü maddeleri başta olmak üzere diğer benzer maddelerde yer alan bakım, onarım ve düzeltme,

sorumluluğu, 2886 sayılı Kanunun 56 ve 87 nci maddelerinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla sona erer.

2886 sayılı Kanunun 56 ncı maddesine göre, kesin teminat tutarının müteahhide iade edilebilmesi için, müteahhidin bu iş nedeniyle idareye ve Sosyal Sigortalar Kurumuna olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanuni vergi kesintilerinin kesin kabul tarihine kadar ödemesi gerekmekte olup, söz konusu borçların kesin kabul tarihine kadar rızaya ödenmemesi durumunda, teminat 54 üncü madde hükmüne göre paraya çevrilerek müteahhidin borçlarına karşılık tutulur. Varsa kalanı müteahhide geri verilir.

2886 sayılı Kanunun 87 nci maddesinde ise müteahhidin kesin kabulden sonraki sorumluluğu düzenlenmiştir. Borçlar hukukunda müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu olarak isimlendirilen teslimden sonraki sorumluluğun DİK na tabi işler açısından uygulaması söz konusu maddede "Hileli İnşaat ve Onarım" başlığı altında düzenlenmiştir.

F. Mesleki Kontrollük ve Proje Hizmetlerinin Kabul İşlemleri

Mesleki kontrollük ve proje hizmetlerinde izlenecek kabul prosedürü BİGŞ nin 44 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre;

Mesleki kontrollük hizmeti ihalelerinde, sözleşme ve ekleri çerçevesinde kontrolü yaptırılan inşaat işinin geçici ve kesin kabullerinin yapıp kesin hesabının idarece onaylanması, kontrol hizmetini üstlenen müteahhidin de hizmetinin kabulü sayılır.

Proje ve diğer hizmet ihalelerinde ise, sözleşme ve eklerinde yer alan şartlar yerine getirildikten ve işin bitirildiğine ilişkin tutanak yetkili makamın onayından geçtikten sonra hizmet bitirilmiş ve kabul edilmiş sayılır.

G. Geçici ve Kesin Kabul İşlemlerinin Bir Arada Yapılması

İşin özelliğine göre ve sözleşmesine hüküm konulmak şartı ile, geçici ve kesin kabuller bir arada yapılabilir, bu durumda ayrıca kesin kabul işlemine gerek kalmaz. (BİGŞ md. 44)

Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliğinin 27 nci maddesinde, işin özelliğine göre geçici ve kesin kabul işlemlerinin bir arada yapılabileceği, kesin kabul ayrı yapılacaksa ne zaman yapılacağı hususunun da geçici kabul tutanağında belirtilmesi gerektiği yazılı bulunmaktadır.

Ancak emanet işlerde de mutlaka bu hususun sözleşmede yer bulması ve geçici ve kesin kabul işlemlerinin ayrı ayrı mı yoksa bir arada mı yapılacağı, ayrı ayrı yapılacaksa teminat süresi ve kesin kabul sürelerinin ne olacağının ihtilafa meydan bırakmayacak biçimde belirlenmesi gerekmektedir.

V- TASFİYE HALİNDE YAPILACAK KABUL İŞLEMLERİ

Müteahhit ile idarenin Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılıklı anlaşması veya 2886 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde açıklanan iş miktarının artma veya eksilmesi veya Bakanlar Kurulunca tasfiyeye imkân veren kararname çıkarılması durumlarında sözleşme tasfiye edilir. Ayrıca 2886 sayılı Kanunun 67 nci maddesinde açıklanan müteahhidin ölümü durumunda da sözleşmenin tasfiyesi söz konusu olabilir.

Yukarıdaki nedenlerle tasfiye edilen işlerin müteahhitçe tasfiye tarihine kadar yapılan kısımlarının kabulünde izlenecek yöntem ve esaslar, BİGŞ nin 47 nci maddesinde yer alan ve diğer ilgili maddelere gönderme yapan hükümleriyle düzenlenmiş bulunmaktadır.

Söz konusu madde hükmüne göre; tasfiye halinde, işin müteahhitçe 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 41 (geçici kabul), 42 (teminat süresi), 43 (teminat süresindeki bakım ve giderler), 44 (kesin kabul) ve 45. (kesin teminatın geri verilmesi) maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır.

BİGŞ nin 7 nci maddesinde düzenlenen müteahhidin sigorta yükümlülüğü konusunda ise, tasfiye edilen işler açısından farklı bir düzenleme öngörülmüş, söz konusu yükümlülüğün sözleşmede aksine bir kayıt yoksa teminat süresinin sonuna kadar devam etmeyeceği, tasfiye edilen işin müteahhidinin sigorta yükümlülüğünün iş yeni müteahhide ihale edilinceye kadar devam edeceği, ancak bu sürenin tasfiye tarihinden başlamak üzere üç ayı geçemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Tasfiye edilmiş işin, kendi teminat süresi içinde veya daha sonra ortaya çıkabilecek kusur ve hataları idarece görevlendirilecek bir komisyon tarafından, idarece yapılacak tebligat üzerine, hazır bulunması halinde müteahhit veya vekili ile birlikte tespit edilir.

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 müteahhitten isteyebilir. Müteahhit bu hususları yerine getirmediği takdirde idare, söz konusu işleri müteahhit hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması bedeli, sözleşmeye göre müteahhide ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark müteahhidin alacaklarından düşülür, alacağı kalmamışsa teminatından kesilir.

Tasfiye kabulünde yapılan tespit; gerek birinci kısım inşaatının kesin hesabına, gerekse ikinci kısım inşaatının yer teslimine esas olacağından, yapılmış ve yapılacak işlerin ayrı ayrı listeler halinde ve detaylı biçimde belirlenmesi gerekmektedir.

VI- EMANET İŞLERİN KABUL İŞLEMLERİ

Emanet işler, 2886 sayılı Kanunun 81 inci maddesine istinaden çıkarılan Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde yürütülmektedir. Söz konusu işlerde uygulanacak kabul işlemleri ise, Yönetmeliğin 27 inci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde hükmüne göre;

İşin sonunda emanet komisyonu kendisi işin kabulünü yapabileceği gibi dilerse komisyonun başvurusu üzerine, ita amirince veya yetkili kılınan makamca bir kabul heyeti kurulur.

Kabul heyeti, komisyonun ve taşeronun huzuru ile işin fen ve sanat kurallarına, proje ve şartnamelerine uygun olarak yapılıp yapılmadığını inceler. Uygun bulduğu takdirde kabul tutanağını düzenler.

İşin özelliğine göre geçici ve kesin kabul işlemleri bir arada yapılabilir. Kesin kabul ayrı yapılacaksa ne zaman yapılacağı hususu da geçici kabul tutanağında belirtilir.

Düzenlenen kabul tutanakları ita amiri veya yetkili kılınan makamın onayına sunulur.

Emanet işlere ilişkin kabul işlemlerinde de, Yönetmelik hükümlerine ilaveten varsa sözleşmesindeki hükümler ile genel hükümler niteliğindeki BİĞŞ nin ilgili hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

VII- KABUL KOMİSYONLARININ SORUMLULUĞU

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun "Görevlilerin Sorumluluğu" başlığını taşıyan 86 ncı maddesi hükmüne göre;

"İhale, muayene ve kabul komisyon veya heyetlerinin başkan ve üyeleri ile diğer ilgililer, görevlerini kanuni gereklere göre tarafsızlıkla yapmadıkları ve taraflardan birinin zararına yol açacak ihmal ve kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde haklarında disiplin cezası uygulanacağı gibi, fiil ve davranışlarının özelliğine göre ceza kovuşturması da yapılır. Ayrıca, tarafların bu yüzden uğradıkları zarar ve ziyan da kendilerine ödettirilir."

Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmeliğin 32 nci maddesinde de kabul komisyonlarının sorumluluğuna ilişkin olarak aynı ifadelere yer verilmiş bulunmaktadır.

1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 22 nci maddesinin (C) bendinde ise;

"Alınmayan mal ya da hizmetin alınmış; mevcut olmayan inşaat, onarım ve üretimi var ya da bitmiş gibi göstererek gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle Devletin mal varlığında bir eksilmeye neden olanlar ile bu ve benzeri gerçekleştirme ve diğer kanıtlayıcı belgeleri bilerek imza ya da onaylanmış bulunanlar hakkında ceza kanunlarının bu eylemlere ilişkin hükümleri uygulanır."

Denilmektedir.

Tespit edilen ihmal ve kusurlu hareket disiplin cezası uygulanmasını gerektirecek nitelikte ise, ilgililerin bağlı oldukları personel kanunu hükümlerine göre söz konusu fiil ve davranışa uyan disiplin cezası verilir. Anılan fiil ve davranışın aynı zamanda Türk Ceza Kanununun suç olarak tanımladığı fiiller kapsamında yer alması halinde disiplin cezasıyla birlikte ceza kovuşturması da yapılır. Ayrıca, tarafların bu yüzden uğradıkları zarar da kendilerine ödettirilir. Taraflardan kasıt kabul işlemleri gerçekleştirilen işin sahibi olan idare ile yapımcısı olan müteahhittir. Her iki tarafın uğradığı zarar da ödetme işlemine konu olur. Tabi olarak, zararın doğuşunun kabul heyetlerinin fiil ve davranışlarından kaynaklanıp kaynaklanmadığı ile miktarının tespiti hususların mahkemece belirlenmesi gerekmektedir.

1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 22 nci maddesinin (E) bendinde ise mali sorumluluk konusu düzenlenmiştir. Söz konusu bend hükmüne göre;

"Adı ne olursa olsun bir komisyon veya kurul gibi bir organ ya da uzman bir görevli tarafından düzenlenen keşif, hakediş, tutanak, rapor, karar ve benzeri belgelere dayanılarak yapılan ödemelerde Sayıştay'ca saptanacak sorumluluğa, tahakkuk memuru ve saymanla birlikte söz konusu belgeleri düzenleyen ve onaylayan kişiler de katılır."

Geçici ve kesin kabul tutanaklarındaki tespitlerin fazla veya yersiz ödemeye sebebiyet vermesi durumunda söz konusu tutanakları düzenleyen ve onaylayanların da Sayıştay'ca saptanacak sorumluluğa katılmaları gerekir. Örneğin, tasfiye kabullerinde yapılmış durumdaki bazı işlerin yapılması gerekenler listesine alınması ve ikmal ihalesi kapsamında söz konusu işler için müteahhide ödemede bulunulması halinde, kanaatimizce, diğer sorumlularla birlikte tasfiye kabulünü yapan kişilerin de sorumluluğa katılmaları gerekmektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR :

- Yaşar GÖK : Yapı İşleri ve Hakediş Uygulaması, Ankara 2000
- Cengiz KOSTAKOĞLU : İċtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Basım Yayım, İstanbul 1995
- Özer SELİÇİ : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978
- Haluk TANDOĞAN : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987
- Yargıtay Kararları Dergisi, Muhtelif Sayılar
- Yapı İşleri Genel Müdürlüğü Uygulamaları ile İlgili Yürürlükteki Teknik Genelgeler, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Yayını ◆