

2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNU'NA TABİ YAPIM İŞLERİNDE KEŞİF ARTIŞ VE EKSİLİŞLERİ İLE HUKUKİ SONUÇLARI

Yaşar GÖK

Sayıştay Başkanetçisi

GİRİŞ

Devlet İhale Kanunu, yapım işlerinde tahmin edilen bedelin keşif düzenlenmesi suretiyle tespit edileceği esasını getirmiştir (Md.4,Md.9). Diğer taraftan, yapım işlerinde ihaleye çıkılabilmesi için arsanın temin edilmiş, mülkiyet ve kamulaştırma işlemlerinin tamamlanmış olması ve gerekli olduğu hallerde imar durumu, tip yapılarda tatbikat, diğerlerinde avan projeleri ve bunlara dayalı keşiflerinin bulunması gerekmektedir (Md.2).

Keşifler proje verilerine dayanılarak hazırlanmakla birlikte, işin devamı sırasında, sözleşmede belirtilen iş tutarında artış veya eksiliş meydana gelmesi halinde izlenecek yöntem ise söz konusu Kanununun 63'üncü maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Yapım işlerine ait bir sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmeyen iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, müteahhit, keşif bedelinin %30 oranına kadar olan değışikliğı, süre hariç, sözleşme ve şartnamesindeki hükümler dairesinde yapmakla yükümlüdür.

Keşif bedeli artışının %30'u geçmesi halinde sözleşme feshedilir. Ancak, bu durumda müteahhit işin keşif bedeli ve %30 keşif artışının karşılığı işleri sözleşme ve şartnamesindeki hükümler çerçevesinde yapmaya zorunludur. Taahhüdün %30 keşif artışı ile bitmemesi ve tasfiye edilmesi halinde müteahhit, idareden hiçbir masraf ve tazminat isteyemez.

%30 oranından fazla artış; temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelmiş ise; idarenin isteğı, müteahhidin kabulü ve ilgili bakanın onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde %30'u geçen işlerde aynı müteahhide yaptırılabilir.

Keşif bedelinin %70 inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işler de, müteahhit işi bitirmeye zorunludur. Bu durumda, müteahhilde, belgelemek şartı ile yapmış olduğu gerçek giderlerine karşılık olarak,

ihale bedelinin %70'i ile yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının %5'ine kadar ödeme yapılabilir."

İhale Kanununun öngördüğü sistem çerçevesinde, yapım işlerine ilişkin keşiflerin proje verilerine ve diğer doğru bilgilere dayalı olarak hazırlanması, zorunluluk ve öngörülemezlik halleri dışında, işlerin, ilk keşifleri dahilinde tamamlanmaları gerekirken, uygulamada hemen hemen işlerin tamamına yakınında önemli ölçüde keşif sapmaları meydana gelmekte ve bazı işlerde bu nedene dayalı olarak sözleşmelerin tasfiyesiyle karşılaşmaktadır.

Bu çalışma kapsamında; yapım işlerinde keşif artış ve eksilişi ile bunun hukuki sonuçları incelenecek ve uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütlere açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

I- ARTIŞ VEYA EKSİLİŞE KONU İŞLERİN NİTELİĞİ

Madde, yapım işlerine ait sözleşmelerin uygulanması ile ilgilidir. Yapım işi ise Kanunun 4'üncü maddesinde: "*Her türlü inşaat, ihzarat, imalat, sondaj, tesisat, onarım, yıkma, değiştirme, iyileştirme, yenileştirme ve montaj işleri*" olarak tanımlanmıştır. Böylece, 63'üncü maddenin uygulama alanının, tanımı yukarıya alınan "*yapım işi*"yle sınırlı olduğu ve yapım işi dışında kalan diğer alım ve satım sözleşmelerinin bu kapsamda değerlendirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Bir diğer husus, iş artış ve eksilişinin 63'üncü maddede ifade edildiği şekliyle "*zorunlu hale gelmesi*"dir. Bu zorunluluktan kasıt, keşif artışı için, bu artış dikkate alınmadan işin tamamlanmasının mümkün olmaması; keşif azalışı için ise, mevcut keşif bedelinin iş tamamlandığı halde doldurulmaması, diğer bir ifadeyle işin öngörülen keşif bedelinden daha az tutara gerçekleştirilmesidir.

İşin tamamlanması için zorunluluk arzetmeyen ya da taahhüt konusu işle doğrudan ilgisi bulunmayan işlerin iş artışı ve eksilişi ile irtibatlandırılmaması, keza, keşif ve sözleşme dışında kalan "*ilave inşaat işi*" nin de iş artışıyla ilgilendirilmeyip ayrıca keşif ve hesabı yapılarak ihaleye çıkarılması gerekmektedir.¹

1) 20.6.1951 tarih ve 1986/1 no'lu Sayıştay Genel Kurul Kararı

II- SÖZLEŞMEYİ ETKİLEMİYEN İŞ ARTIŞ VE EKSİLİŞİ

2886 sayılı Kanunun 63'üncü maddesinde, maddenin 1'inci fıkrasında düzenlenen keşif bedelinin %30'una kadar olan iş artış ve eksilişi, 3'üncü fıkrada düzenlenen temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelen %30 oranından fazla artış ve son fıkradaki işin keşif bedelinin %70'inden daha düşük bedelle tamamlanması, sözleşmeyi etkilemeyen ve müteahhide fesih yetkisi vermeyen iş artış ve eksilişleri olarak ifade edilmiştir.

A) Keşif bedelinin %30'una kadar olan iş artış ve eksilişi

Keşif bedelinin %30 oranına kadar olan değişikliği müteahhit, süre hariç, sözleşme ve şartnamedeki hükümler dairesinde yapmakla yükümlüdür. Bu çerçevede, iş artışını, sözleşme ve şartnamelerde öngörülen diğer hükümlerle birlikte aynı ihale indirimiyle yapmak zorunda olduğu gibi, iş azalışı nedeniyle de her hangi bir masraf ve tazminat talebinde bulunamaz.

Kanun "*süre hariç*" ifadesiyle müteahhide ilave iş nedeniyle ihtiyaç duyacağı sürenin verilmesini öngörmüştür. Verilecek ek sürenin keşif artış oranıyla işin sözleşmede kararlaştırılan toplam süresinin mukayesesiyle mi bulunacağı, yoksa işin toplam süresinden bağımsız olarak mı belirleneceği tartışılabilir. Bu konudaki yaygın uygulama,² işin toplam süresi ile keşif artış oranının mukayesesi sonucu bulunan ilave sürenin³ müteahhide verilmesi şeklinde gerçekleşmekle birlikte, bu husustaki kişisel düşüncemiz, verilecek ilave sürenin, sözleşmede öngörülen süreden bağımsız olarak, keşif artışına neden olan iş kalemlerinin teknik özellikleri ve yapılabilirlik şartları dikkate alınarak belirlenmesidir.⁴

2) Bayındırlık ve İskan Bakanlığının 4964 sayılı Genelgesi de bu tarz bir uygulamayı öngörmektedir.

3) Örneğin keşif bedeli 5.000.000.000- lira ve toplam süresi 100 gün olan bir işte %30'luk keşif artışı için $100 * \%30 = 30$ gün ilave süre olarak hesaplanmaktadır.

4) Sayıştay 2. Dairesinin 1969/22382 sayılı Kararı da bu yöndedir.

Zira verilecek ek süreyi sadece parasal tutar (keşif bedeli) kriterine bağlamak ve keşif artışına konu işlerin özelliklerini gözardı etmek çoğu zaman hakkaniyete uygun olmayan, yanlış ve çelişik sonuçlar ortaya koymaktadır.

Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse; uygulamada ortaya çıkan keşif artışlarının bir nedeni de imalatın niteliğinin değişmesi biçiminde gerçekleşmektedir. Örneğin; keşif özetinde asansör tesisatı olarak Bayındırlık tesisat birim fiyat listelerinde yer alan 905.110 (923.000 pozundaki ilave dahil) pozuna ilişkin, 1998 yılı fiyatları ile 10.184.000.000- liralık bir tutar yer almaktadır. İşin devamı sırasında anılan asansörden vazgeçilerek daha farklı özelliklere sahip, özel imalat biçiminde gerçekleştirilecek asansör tesisatına karar verilir ve anılan asansörün, özel birim fiyat tanzimiyle 20.000.000.000- liraya temin edildiği düşünülürse, vazgeçilen ve yapılmasına karar verilen imalat kalemlerinin keşfe tesiri sonucu $20.000.000.000 - 10.184.000.000 = 9.816.000.000$ - liralık bir keşif artışı meydana gelmektedir. İlave sürenin, asıl süreye oranlanmak suretiyle hesaplandığı yöntemde, keşif artış tutarı olan 9.816.000.000- liranın birinci keşfe oranı ölçüsünde toplam süreyle mukayese yapılarak, verilecek ilave süre hesaplanacaktır.

Halbuki, yapılması gereken işin fiziki miktarında bir artış olmamış, sadece bazı nitelikleri değişmiştir. Ortaya çıkan nitelik farklılıklarının bir süre ilavesine ihtiyaç göstermesi mümkündür; ancak bu husus vazgeçilen ve yerine ikame edilen işlerin özellikleri ve yapılabirlik sürelerinin mukayese sonucu ortaya çıkar.

Anılan nedenlerle, ilave sürenin sadece keşif bedeli kriteri çerçevesinde belirlenmemesi, iş programına göre, ilave keşif kapsamında yapılacak işlerin teknik özellikleri dikkate alınarak belirlenmesi, söz konusu mahzurları ortadan kaldırııcı daha doğru bir uygulama olacaktır.

Keşif bedelinin %30'una kadar olan azalışlarda ise, kanaatimizce toplam sürede bir indirimle gidilmesi hakkaniyete uygun düşmez. Zira müteahhit ilk keşif bedelini ve sözleşmede öngörülen süreyi dikkate alarak iş gücü, makine parkı ve finansman imkanlarını programlamakta, işin seyrini kararlaştırılan süreye göre ayarlamaktadır.

Ayrıca madde metninde "*süre hariç*" ifadesi, müteahhide yüklenen yükümlülüklerin bir istisnası olarak belirtildiğine göre, bu ifadeyi müteahhide yeni bir yükümlülük getirir tarzda yorumlamamak gerekir.

Diğer taraftan, keşif artışının konu edildiği 1 ve 3'üncü fıkralarda "*süre hariç*" ifadesinin kullanılıp, işin keşif bedelinin %70'inden daha düşük bedelle tamamlanması halini düzenleyen 3'üncü fıkrada süreden bahsedilmemesi Kanun Koyucunun iş azalışlarında süre indirimini amaçlamadığı yorumunu güçlendirmektedir.

İş artışları kesin teminat ve damga vergisinin de konusunu oluşturur. Devlet İhale Kanununun 55'inci maddesinin son fıkrası gereği kesin teminat artan iş nedeniyle ödenecek bedel oranında artırılır. Ayrıca, 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 2 ve 14'üncü maddeleri uyarınca keşif artış tutarı (ihale indirimi düşüldükten sonra) Kanuna ekli (1) sayılı tablonun 1-Akitlerle ilgili kağıtlar kısmının (1/a) fıkrasında gösterilen binde 6 oranında damga vergisine tabi bulunmaktadır. 11.1.1973 tarih ve 3628/1 sayılı Sayıştay Genel Kurul Kararında da söz konusu verginin iş artışını belgeleyen kağıdın tanzimi sırasında alınması gerektiği ifade edilmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 81'inci maddesine göre emanet yöntemiyle taşeronlara yaptırılan işlerde ise, Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliğinin 22'inci maddesinde ifade edildiği gibi:

"Taşeronla yapılan anlaşmaya esas olan keşif bedeline göre iş miktarında bir azalma meydana gelirse iş bu kadarla bitirilmiş olur ve taşeron iş miktarının azalmasından dolayı hiç bir istekte bulunamaz.

Ancak taşeronla yapılan anlaşmaya esas olan keşif bedeline göre iş miktarında keşif bedelinin %30'una kadar bir artma meydana gelirse, bu iş emanet komisyonunca aynı taşeronla aynı anlaşma şartlarıyla yaptırılabilir. Bu takdirde taşeron, süre uzatımı hariç, hiç bir hak ve talepte bulunamaz."

Görüleceği gibi Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliği Devlet İhale Kanununun 63'üncü maddesinden farklı olarak iş miktarındaki azalmalar için bir oran belirtmemiş, keza, iş azalışı ne olursa olsun taşeronun işi bitirmeye mecbur olduğu ve bundan dolayı hiç bir tazminat ve masraf talebinde bulunamayacağı düzenlemesini getirmiştir. Keşif bedelinin %30 oranına kadar iş artışları için öngörülen uygulama biçimi ise 63'üncü madde ile paralellik arzemektedir.

İş artışına ilişkin olarak kesin teminat ve damga vergisi konularında yukarıda ifade edilenler emanet suretiyle yaptırılan işler için de geçerli bulunmaktadır.

B) Temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden kaynaklanan keşif artışı

Keşif bedelinin %30'una kadar olan iş artış ve eksilişi yukarıda ifade edildiği gibi aynı sözleşme ve şartname hükümleri çerçevesinde aynı müteahhide yaptırılabilirken, keşif artışının %30'u geçmesi halinde kural olarak sözleşme feshedilir. Ancak 2886 sayılı Kanunun 63'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası ile bu uygulamanın istisnası getirilmiş ve %30 oranından fazla artışın temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelmesi halinde idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve ilgili bakanın onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde %30'u geçen işlerin de aynı müteahhide yaptırılabilceği ifade edilmiştir.

Kanunun söz konusu işleri ayrı bir kategoride değerlendirmesinin nedeni, bu ve benzeri işlerin nitelik ve niceliğinin önceden tam olarak belirlenemesinin mümkün olamaması ve bu işlere ilişkin keşif değerlerinin somut verilere dayandırılmamasıdır.

Zira temel, tünel ve benzeri işlerde arazinin yapısı, klas farkları, zemin suyu, şev veya iksa yapılmasının gerekip gerekmediği, dolgu miktarı gibi hususları önceden tam olarak tespit etmek mümkün olmaz. Gerçi proje tanzimi ve keşif aşamasında, idare, temel ve zemin etüd çalışmaları yapmalıdır. Ancak bu çalışmalar için gerekli teknik donanımı sağlamak her zaman mümkün olmadığı gibi, bu çalışmaların yapıldığı durumlarda da elde edilen bulgular kesinlik arzetmemektedir. Bu nedenle işin devamı sırasında önceden öngörülemeyen bir durumla karşılaşmak her zaman mümkündür.

Ayrıca, keşfi isabetli hazırlamak ve bunun için gerekli çalışmaları eksiksiz yapmak iş sahibi idarenin görevidir. Müteahhit işin tamamını gerçekleştirmek amacıyla işe girmiş ve gerekli araç, gereç, malzeme ve personel gibi unsurları buna göre programlamış olduğundan, daha temel aşamasında keşfin tamamlanmasının ve bu nedenle sözleşmenin feshedilmesinin sonuçlarını müteahhide yüklemek hakkaniyete uygun düşmez.

Yine maddede ifade edilen tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelecek keşif artışları da tamamen öngörülemezlik ve önlenemezlik niteliği taşıdığından aynı kapsamda değerlendirilmiştir.

Belirtmeye çalıştığımız nedenlerden dolayı kanun koyucu anılan işlerden kaynaklanan keşif artışlarını sözleşmenin devamı açısından engel bir durum olarak görmemiştir.

Kanun maddesinde temel, tünel ve benzeri işler ifadesi kullanıldığından yukarıda ifade edilen nitelikleri taşıyan benzer işleri de bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. Örneğin, baraj, gölet, yol, alt yapı, kuyu açma, sondaj ve arazi ıslahı gibi işlerin benzeri iş kapsamında bulunduğu kanaatini taşımaktayız.

Ayrıca, tabii afetler gibi nedenler ifadesiyle de kanun koyucunun "gibi" kelimesini benzer hadiseleri işaret etmek amacıyla zikrettiği anlaşılmaktadır. Bu tür hadiseler tarafların iradesi dışında ortaya çıkan ve taraflarca giderilmesi mümkün olmayan genel hayata müessir hadiselerdir.

Söz konusu nedenlerden kaynaklanan %30 oranından fazla iş artışının aynı sözleşme hükümleri çerçevesinde aynı müteahhide yaptırılabilmesi için Kanun belli şartlar öngörmektedir. Bunlar:

- İdarenin işi aynı müteahhide yaptırmak istemesi,
- Müteahhidin %30'u aşan işleri yapmayı kabul etmesi,
- İlgili bakanın onayının alınması,
- Süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümlerinin geçerli olmasıdır.

Yukarıdaki şartlardan herhangi birinin gerçekleşmemesi halinde sözleşme feshedilir ve kalan işler ikmal ihalesi kapsamında tamamlattırılır.

Maddede geçen ilgili bakanın onayının alınması konusuna açıklık getirmekte fayda görülmektedir.

Bilindiği gibi 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 10, 44, 63 ve 84' üncü maddelerinde ilgili ya da bağlı bulunulan bakana atfen bazı iş ve işlemler yönünden onay zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu maddelerde ifade edilen ilgili ya da bağlı bulunulan Bakanlığın belirlenmesi hususunda genel büt-

çeli idareler için bir tereddüt bulunmazken, özel idare ve belediyeler açısından farklı yorumlar ve uygulamalarla karşılaşılmaktadır.

Esasen inceleme konumuzun dışında kalan tartışma ve farklı yorumların ayrıntılarına girmeden konuya ilişkin olarak verilen yargı kararları ve İçişleri Bakanlığı'nın Genelgesinden kısaca bahsetmek yeterli olacaktır.

Sayıştay 1. Dairesi, 2886 sayılı Kanunun 44'üncü maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak verdiği 28.4.1994 tarih ve 94-19/2776, 3028-3030 sayılı kararında; maddede yer alan ve ilgili veya bağlı bulunan bakana atfedilen onay yetkisinin belediyelerde, belediye encümenlerince kullanılması gerektiği yolunda hüküm tesis etmişken, Danıştay İdari İşler Kurulunun 1.6.1995 tarih ve E.1995/68,K.1995/120 sayılı istişari kararında, il özel idareleri ve belediyelerin 2886 sayılı Kanunun kimi maddelerinde yer alan ve onayı gerektiren iş ve işlemleri için, İçişleri Bakanlığı'nın "ilgili" ya da "bağlı bulunan" Bakanlık sayılması gerektiği belirtilmiştir.

Temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden kaynaklanan %30'u aşan işler konusunda Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliği de Kanunun 63'üncü maddesine paralel bir düzenleme getirmiştir. Konu anılan Yönetmeliğin 22'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında;

"...%30 oranından fazla artış, temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelmiş ise, taşeronun %30'dan fazla artış gösteren işleri de, süre uzatımı hariç, aynı anlaşma şartlarıyla yapmayı kabul etmesi ve Emanet Komisyonunca da aynı taşerona yaptırılmasında fayda görülmesi halinde komisyonca alınacak gerekçeli kararın kuruluşunun en yetkili amirince tasdiki kaydıyla %30'undan fazla artış gösteren işler de aynı taşerona yaptırılabilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Maddede onay mercii olarak ifade edilen "*kuruluşun en yetkili amiri*"nden 63'üncü maddeye paralel biçimde ilgili bakanın anlaşılması gerekmektedir.

Önceki bölümde iş artışlarına ilişkin olarak damga vergisi ve kesin teminat konularında ifade edilenler temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden kaynaklanan %30'un üzerindeki iş artışları ve aynı durumdaki emanet işler için de aynen geçerli bulunmaktadır.

C) İşin, keşif bedelinin %70'inden daha düşük bedelle tamamlanması

İşin keşif bedelinin %70'inden daha düşük bedelle tamamlanacağına anlaşılması halinde müteahhit işi bitirmek zorundadır. Ancak kanun koyucu, başlangıçta işin tamamının gerçekleştirilmesine yönelik hazırlık masrafları yapan, ihale bedeli üzerinden damga vergisi, harç ve teminat yatıran müteahhide, belgelemek şartı ile, yapmış olduğu gerçek giderlerine karşılık olarak ihale bedelinin %70'i ile yaptığı iş tutarı arasındaki bedel farkının %5'ine kadar ödeme yapılabilmesine cevaz vermiştir. Başka bir anlatımla, bu ödemenin tavanı, ihale bedelinin %70'i ile yapılan iş tutarı arasındaki bedel farkının %5'idir. Örneğin;

Keşif bedeli: 5.000.000.000 -Lira

İhale indirimi:%20

İhale bedeli: 4.000.000.000-Lira olan bir işte, iş, keşif bedelinin %60'ına isabet eden 3.000.000.000-Liraya tamamlanmışsa, müteahhit gerçek giderlerinin ödenmesi talebine hak kazanacak ve (ihale bedeli*%70)-iş tutarı (ihale indirimi düşülmüş tutar), hesabıyla bulunacak farkın %5'i tavan olmak üzere, belgelendirdiği gerçek giderleri kendisine ödenebilecektir.

Örneğimize göre %5'lik tavan; $(4.000.000.000 * \%70) - 2.400.000.000 = 400.000.000$ -Liranın %5'i olan 20.000.000-Liradır.

Gerçek masraflardan anlaşılması gereken, işin başlangıcında veya sözleşmenin uygulanması sırasında sarf edilip de taahhüdün normal devamı ve tamamlanması halinde genel giderler meyanına girerek işin tamamına bölüştürülmesi mümkün olacak iken, işin keşif bedelinde meydana gelen azalma nedeniyle ancak bir kısmı yapılan iş miktarına aksettirilip kalanı taahhüt bedelinin yapılamayan kısmına aksettirilemeyen ve bunun sonucunda bir zarar olarak müteahhit üzerinde kalacak olan masraflardır. Söz konusu masrafların miktarının tayininde de keşif azalışı nedeniyle yapılamayan iş miktarının taahhüt mevzuunun tamamına olan oranının ölçü olarak kabul edilmesi gerekmektedir.⁵

5) 2490 sayılı Kanununun 19. Maddesi doğrultusunda verilen 28.2.1955 tarih ve 2231/8 sayılı Sayıştay Genel Kurul Kararında ifade edilen hususlar gerçek giderlerin mahiyetinin tespiti açısından 2886 sayılı Kanununun 63. Maddesi için de geçerlidir.

Ancak, bu şekilde belirlenen gerçek giderler olarak müteahhide ödenecek tutarın tavanı, ihale bedelinin %70'i ile yapılan iş tutarı arasındaki bedel farkının %5'idir.

Müteahhitçe belgelenmek suretiyle talep edilen gerçek masraflar karşılığı tutarın bir mahkeme ilâmına dayanılarak ödenmesinin zorunlu olup olmadığı tartışılabilir. Bu konudaki kişisel kanaatimiz, zararın miktar ve niteliği ile ispat edici belgelerin sıhhati konusunda idare ile müteahhit arasında bir ihtilaf doğmadığı takdirde mahkeme kararına gerek olmadan ödeme yapılabileceği yolundadır.

Zira müteahhidin bu husustaki talebine mesnet teşkil edecek olan Borçlar Kanununun 41 ve devamındaki maddeler ancak bir ihtilaf doğması ve taraflardan herhangi birinin yargıya başvurması halinde uygulama alanı bulabilecek düzenlemelerdir.

2886 sayılı Kanunun 63'üncü maddesi müteahhide ödenecek tazminatın mahiyetini, hesap şeklini ve üst limitini gösterdiğine göre tarafların mutabık kaldığı bir ödemenin ilama dayandırılma zorunluluğu olmamalıdır.

Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi, zararın miktarı, harcamaların gerçek masraflardan olup olmadığı, belgelerin niteliği konusunda ihtilaf doğması halinde, kuşkusuz genel hükümler çerçevesinde konu çözümlenecek ve ortaya çıkan mahkeme kararı doğrultusunda ödeme yapılacaktır.

Daha öncede bir cümleyle ifade edildiği gibi, iş miktarındaki azalmalar konusunda Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliği Devlet İhale Kanununun 63'üncü maddesinden farklı bir düzenleme getirmiştir. 63'üncü maddede, işin, keşif bedelinin %70'inden daha düşük bedelle tamamlanması halinde mahiyeti yukarıda izah edilen gerçek giderler karşılığı tutarın bir limit dahilinde yükleniciye ödenebilmesine cevaz vermişken, Emanet Yönetmeliği iş azalışının miktar ve oranı ne olursa olsun böyle bir ödemeye imkan vermemektedir. Bu nedenle keşif bedelinin %70'inden daha düşük bedelle tamamlanan emanet işlerde müteahhide herhangi bir masraf karşılığı bedelin ödenmesi mümkün değildir.

III- KEŞİF BEDELİ ARTIŞININ %30'U GEÇMESİ NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN FESHİ

Temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden kaynaklanan iş artışları dışında, keşif bedeli artışının %30'u geçmesi halinde sözleşme feshedilir. Söz konusu nedenlerden kaynaklanan keşif artışlarında da %30'u aşan işlerin aynı müteahhide yaptırılabilmesi için gerekli şartlardan herhangi birisinin oluşmaması halinde de sözleşme feshedilir.

Keşif bedeli artışının %30'u geçmesi nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi durumunda müteahhit, işin keşif bedeli ve %30 dahilindeki keşif artışının karşılığı işleri sözleşme ve şartnamesindeki hükümler çerçevesinde yapmaya zorunludur. Bu durumda, iş artışına isabet eden ek süre müteahhide verilir. Sözleşmenin feshi nedeniyle müteahhit, idareden hiç bir masraf ve tazminat talebinde bulunamaz.

İş artışının %30'u geçmesi halinde, yasa gereği idare sözleşmeyi feshetmek zorunda olduğu gibi, müteahhitte %30'un üzerinde iş yapmaya zorlanamaz ve onun da bu nedene dayalı fesih hakkı bulunmaktadır.⁶

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGS) %30'u aşan keşif artışı nedeniyle sözleşmenin tasfiye edilmesini ve tasfiye sürecini 47'nci maddede ayrıntılı düzenlemiş, söz konusu maddenin 9'uncu fıkrasında;

"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),(42),(43),(44) ve (45). Maddeleri hükümleri, normal şekilde bitirilmiş işlerde olduğu gibi aynen uygulanır. Ancak işin yapılmış kısmının son hakedişindeki miktarına göre hesaplanacak kesin teminat miktarından fazlası, tasfiye protokolünün imzasından sonra müteahhide geri verilir. Teminatın kalan kısmının geri verilmesi ise (45). Madde esaslarına göre yapılır." denilmiştir.

6) 2886 sayılı Kanununun 62. Maddesi hükmü ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.10.1976 tarih ve E.975/11-102, K.2605 sayılı Kararı

Görüleceği gibi BİGŞ, 2886 sayılı Kanunun 63'üncü maddesine istinaden yapılan fesih işlemini yasal bir zorunluluk olarak görmüş ve hesabın tasfiyesini de normal şekilde bitirilmiş işlerin hesap kesme sürecine paralel biçimde düzenlemiştir.

Diğer taraftan BİGŞ, müteahhidin kusuru nedeniyle sözleşmenin fes-hinde müteahhide ait tesis, ihzarat, diğer malzeme, makine, araç ve yedek parçaların müteahhidin rızası aranmaksızın idarece satın alınabileceği hük-münü getirmişken, %30'u aşan keşif artışı nedeniyle sözleşmenin tasfiyesi halinde müteahhide ait tesis, araç ve makinelerin idarece satın alınabilmesi için müteahhidin rıza göstermesi şartını aramıştır.

Yine BİGŞ md.47'ye göre sözleşmenin tasfiyesinden sonra "hesap kesme hakedişi" idarece belirlenecek süre içerisinde müteahhit ile birlikte 40'ıncı maddedeki esaslara göre yapılır. Şartnamenin işaret ettiği 40'ıncı madde, normal şekilde biten ve idarece kabulü yapılan işlerin hesap kesim yöntemini ve kesin hakediş raporunun tanzimini düzenleyen maddedir.

IV- KEŞİF TUTARININ %30'UNU AŞAN İŞ BEDELLERİNİN ÖDENMESİ

Temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden kaynak-lanan iş artışları dışında, keşif bedelinin %30'unu aşan işlerin aynı sözleşme hükümleri çerçevesinde aynı müteahhide yaptırılması mümkün değildir. Böyle bir durumda 2886 sayılı Kanunun 63'ncü maddesinin amir hükmü ge-reği idare sözleşmeyi feshetmek zorundadır. Şayet idare fesih işleminin za-manında yerine getirmemiş ve bunun sonucunda bilerek ya da bilmeyerek %30'un üzerinde iş yaptırmış ise, söz konusu iş bedellerini aynı sözleşme hükümlerine dayanılarak müteahhide ödeme imkânı bulunmamaktadır. Esasen bu işleri sözleşme dışı yapılan işler olarak adlandırmak daha doğru olur. Zira söz konusu işler için asıl sözleşmenin tatbiki mümkün olmadığı gi-bi, idarenin rızası ve müteahhidin kabulüyle yapılmış olsa bile, Devlet İhale Kanununda öngörülen şekle ve usule uygun ihale ve yazılı bir sözleşme mevcut olmadığından anılan rıza ve kabulü de ek bir eser sözleşmesi olarak kabul etmek mümkün değildir.

Ancak, sözleşme dışı yapılmış olsa bile, müteahhidin maliyetine katılarak gerçekleştirdiği idareye faydalı bir işin varlığı da tartışılmaz. Ayrıca bu konudaki sorumluluğun önemli bir kısmı da idareye aittir. Her ne kadar müteahhit eser sözleşmesinin uzman tarafı olarak %30' u aşan işleri bilmek ve idareyi uyarmak zorunda ise de, idare de iş sahibi sıfatıyla zamanında mukayeseli keşfi yapmak, kontrol teşkilatı vasıtasıyla işin ulaştığı mali ve fiziki gerçekleşmeyi takip etmek ve keşif artışının %30'u geçmesi halinde sözleşmeyi feshetmek zorundadır.

Bütün bu nedenlerle, %30'u aşan işlere ilişkin müteahhit alacağının genel hükümler çerçevesinde belirlenmesi ve ödenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Konuya ilişkin olarak verilen Yargıtay kararlarına göre:⁷

%30'u aşan işler asıl sözleşme kapsamına girmediğinden, bedelinin sözleşmede kararlaştırılan fiyatlar üzerinden hesaplanması ve sözleşmede öngörülen ihale indirimine tabi tutulması mümkün değildir. İş sahibi idare yararına yapılmış ve onun tarafından benimsenmiş olan işlerin bedelinin yapım günündeki serbest piyasa rayiçleri üzerinden hesaplanması gerekir.⁸

Sözleşme dışı yapılan ve idarece de kabul edilen bu işler için Borçlar Kanunu'nun 411 ve devamı maddeleri gereğince vekaletsiz tasarruf hükümleri uygulanır. Bu durumda, Borçlar Kanunu'nun 413'üncü maddesi gereğince, müteahhidin yaptığı zararı veya faydalı masrafların faiziyle birlikte ödenmesi gerekir. Bu hesaplamada sözleşmede öngörülen fiyatlar değil, imalatın yapıldığı günün rayiçleri uygulanır. Ancak sadece giderler istenebileceği için, alacak tutarı hesaplanırken müteahhit kârının dahil edilmemesi icabeder.⁹

7) Yargıtay kararlarının bir kısmı konuyu düzenleyen 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu'nun 19. Maddesi doğrultusunda verilmiş olmakla birlikte, eski düzenlemeye göre temel değişiklikler getirmeyen ve konunun çözümünü genel hükümlere bırakan 2886 sayılı Kanunun 63. Maddesi için de geçerlidir.

8) Yargıtay 15. HD. 8.3.1978 tarih ve E.2038, K.449 no'lu karar

9) Yargıtay 15. HD. 5.2.1976 tarih ve E.3902, K.425 no'lu karar

Sözleşme eki BİGŞ'de yer alan; müteahhidin ara ve kesin hakedişlere usulüne uygun şekilde itirazda bulunmaması halinde aynen kabul etmiş sayılır hükmü, %30'u aşan işler konusunda bir itirazı kayıt ileri sürmese bile, müteahhidin bu husustaki talebine engel teşkil etmez. Çünkü sözleşme dışı yapılan işlerde, sözleşme hükümleri, dolayısıyla ekleri uygulanmaz.¹⁰

Yargıtay Ticaret Dairesine göre ise; sözleşme dışı yapılan ve idarece teslim alınarak kesin hesabı yapılan işler için Borçlar Kanunu'nun 415'inci maddesi hükmü gereği vekalet hükümlerinin uygulanması gerekir. Zira işi kabul eden idare bu davranışıyla icazet vermiş sayılır. İcazet halinde ise vekalet hükümlerinin uygulanması gerekir. Bunun sonucu olarak Borçlar Kanunu'nun 394'üncü maddesi gereğince vekil yaptığı masrafları faiziyle birlikte talep edebileceği gibi, uğradığı zarar ve ziyanın tazminini de isteyebilir. Ayrıca, BK'nun 386'ıncı maddesinin son fıkrası uyarınca vekilin bu kabil işlerden dolayı bir ücrete hak kazanmış olması da asıldır.¹¹

%30'u aşan işler konusunda Borçlar Kanunu'nun 410 ve müteakip maddelerine mevzu vekaleti olmadan başkası hesabına iş yapma hükümleri uygulanır. Bu itibarla %30 dışı yapılan işleri esas ihale dışında ikinci bir anlaşma olarak nitelendirmek mümkün değildir. Vekaletsiz tasarruf hükümlerine göre yapılan iş diğer tarafın malvarlığında artış meydana getirmesi bakımından ve aralarında rızai bir anlaşmanın bulunmaması itibariyle de sebepsiz iktisap teşkil eder. Bu yönden bir yıllık zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmek gereklidir. Ancak iş sahibi idare %30'u aşan işi kabul eder ve müteahhidin hakedişini hesaplayarak ödemişse yapılan işe icazet vermiş sayılır ve bu durumda Borçlar Kanunu'nun 415'inci maddesi gereğince taraflar arasında vekalet hükümleri geçerli olur ve zamanaşımı süresi olarak Borçlar Kanunu'nun 126'ncı maddesi uyarınca vekalet akdinden doğan davalar için geçerli beş yıllık süre uygulanır.¹²

Danıştay 3. Dairesinin 25.2.1976 tarih ve E.76/29, K.76/114 sayılı kararında da, yasal orandan fazla iş bedelinin haksız iktisap hükümlerine konu olacağı belirtilmiş ve bu nedenle 4353 sayılı Kanunun 31'inci maddesi gereğince uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümlenmesi uygun görülmüştür.

10) Yargıtay 15. HD. 5.3.1985 tarih ve E.3308, K.712 no'lu karar

11) Yargıtay TD. 3.5.1972 tarih ve E.1115, K.2242 no'lu karar

12) Yargıtay TD. 21.2.1967 tarih ve E.3408, K. 686 no'lu karar

Danıştay 3. Dairesinin bir başka kararında¹³ ise; çok yüksek miktarlardaki keşif artışının kesin hesap sonucu öğrenildiği iddiası ile işe devamda iyi niyet bulunduğunun kabul edilemeyeceği, yasal sınırın çok üzerinde iş artışının bu yolla aynı müteahhide yaptırılmasının aleniyet, serbest rekabet, uygun bedel, kanuna uygunluk gibi unsurları ortadan kaldıracığı, bu konuda müteahhidin de idare ajanlarının sorumluluğuna iştirak etmiş olacağı, zira müteahhidin yasal sınırın aşıldığı hususunda idareyi ikaz etmesi ve inşaaat devam edemeyeceğini bildirmesi gerektiği ifade edilmiş ve yasal sınırın fa-hiş miktarda aşılmasında idare elemanlarının sorumluluğu bulunduğundan, söz konusu iş bedelinin sulh yoluyla idareye ödettirilmesinde yarar görülmemiş ve idarenin bu yöndeki talebine olumlu mütalaa verilmemiştir.

Keşif bedelinin %30'unun üzerinde iş yapılmasına ilişkin olarak mevcut mevzuat ve yargı kararları ışığında çıkarılan sonucu ifade etmek gerekirse:

1) %30'u aşan iş bedellerinin aynı sözleşme hükümleri çerçevesinde ödenmesi mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu işlere sözleşmede öngörülen birim fiyatlar ve yine sözleşmede kararlaştırılan ihale indirimi uygulanmaz.

2) Olay hukuki nitelemesi yönünden Borçlar Kanunu'nun başkası hesabına vekaletsiz iş görmeye ilişkin 410 ve sonraki maddeleri kurallarının uygulanmasını gerektirir.¹⁴

3) %30'u aşan işler için müteahhit Borçlar Kanunu'nun 413'üncü maddesi gereği sadece zaruri veya faydalı bulunan masraflarını isteyebileceğinden müteahhit kârını talep edemez.¹⁵

4) %30'u aşan iş bedellerinin ödenmesi Genel Bütçeli İdareler için 4353 sayılı Kanunun 31'inci maddesi, diğer idareler için ise kendi kanunlarında öngörülen sulh yolu dışında, ancak bu konuda tesis edilecek bir yargı kararıyla mümkün olur. Bu husustaki uyuşmazlıklar adli yargıya intikal ettirilerek çözüme kavuşturulur.

13) 27.1.1976 tarih ve E.36, K.46 no'lu karar

14) Yargıtay Ticaret Dairesinin yukarıya alınan kararlarında ifade edildiği gibi idarenin icazet vermesi halinde ise Borçlar Kanunu'nun 415'inci maddesi hükmü gereği vekalet hükümleri geçerli olur.

15) Yargıtay 15. HD 5.2.1976 tarih ve E.3902, K.425 no'lu karar, Sayıştay 1.Dairesinin 5.5.1994 tarih ve 5802 no'lu kararı

Yargıtay, yukarıya alınan örnek kararlarda görüleceği gibi, yasal sınırı aşan iş bedellerinin, olayın özelliğine göre hesaplanacak tutarlar üzerinden müteahhide ödenmesi gerektiği görüşünü istikrarla korumaktadır.

5) %30'u aşan iş bedellerinin sulh yoluyla ödenmesi de mümkündür.

4353 sayılı Kanununun 31'inci maddesi, Genel Bütçeli İdarelerin taraf olduğu ve henüz mahkemeye, hakeme veya icraya intikal etmemiş bulunan hukuki ihtilaflarının sulh yoluyla hallini düzenlemektedir.

Diğer idarelerin ise kendi mevzuatlarında uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesine ilişkin benzer hükümler yer almaktadır.

Bunun için;

a) Söz konusu ihtilafın sulh yoluyla hallinde idare yararı görülmesi gerekmektedir.

Keşif bedelinin %30'unun üzerinde yapılmış bulunan işlerin, taahhüdüün ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu, inşaat için zaruri veya faydalı bulunduğu durumlarda bu işlerin karşılığı olan bedelin ödenmemesi idare lehine ve müteahhit aleyhine sebepsiz zenginleşmeye yol açacağından yargıya intikali halinde idare aleyhine sonuçlanacak bir olayda sulh yolunun tercih edilmesinde idare yararının varlığı kabul edilmelidir.

b) Yetkili merciden uygun mütalaa alınmalıdır.

4353 sayılı Kanununun 31'inci maddesine göre "*yetkili merci*" her yıl Bütçe Kanunlarına ekli "İ" cetvelinde¹⁶ tespit edilen parasal sınırın altında olması halinde Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü, üstünde olması halinde ise Danıştay'dır. Ancak Danıştay'dan görüş alınması gereken durumlarda bu görüşten sonra Maliye Bakanı ve ilgili bakanın birlikte katılacağı müşterek kararnamenin alınması gerekmektedir.

16) "İ" cetvelindeki parasal sınırlar, fiyat farkları hariç olmak üzere, sözleşme yılı birim fiyatları üzerinden belirlenmiş tutar olarak dikkate alınır.

Genel Bütçeli İdareler dışında kalan Katma Bütçeli İdareler, İl Özel İdareleri ve Belediyeler de %30'u aşan iş bedellerini özel mevzuatları çerçevesinde ek sözleşmelerle ödeyebilirler. Bu konuda anılan idarelerin izleyecekleri prosedür ve yetkili merciler kendi mevzuatlarında düzenlenmiştir.

Buna göre; Katma Bütçeli İdarelerde:

-2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 56'ncı maddesinin (d) bendi,

-5539 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 32'nci maddesi,

-6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanunun 35'inci maddesi,

-6760 sayılı Vakıflar Umum Müdürlüğü Vazife ve Teşkilatı Hakkında Kanunun 14'üncü maddesi,

-3202 sayılı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanunun 39'uncu maddesi,

-3234 sayılı Orman Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun 36'ncı maddesi,

Öngörülen limitler ve prosedür çerçevesinde uyuşmazlığın sulhen halline imkan sağlamaktadır.

Konunun İl Özel İdareleri ve Belediyelerdeki uygulanma yöntemi ise aşağıdadır:

İl Özel İdarelerinde uyuşmazlığın sulhen halli konusunda İdare-i Umumiye-i Vilayet Kanunu Muvakkatinde bir hüküm bulunmamaktadır. Uygulamada ortaya çıkan tereddütler üzerine Danıştay 2'nci Dairesinin vermiş olduğu 11.12.1954 tarih ve E.54/3505, K.54/3048 no'lu¹⁷ istişari mütalaada:

17) Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı:70, s. 25.

"Toplantı halinde ise il genel meclisi tarafından, değilse İdare-i Umumiye Vilayet Kanununun 144'üncü maddesinin 6'ncı fıkrası gereğince daimi encümenle verilecek kararlar dairesinde ihtilafların idare lehine olarak sulhen halline özel idarelerin yetkili bulunduğu" ifade edilmiştir.

Görüleceği gibi, il özel idarelerinde ihtilafların sulhen halline yetkili merci il genel meclisleridir. İl daimi encümenleri ise Kanunun 144'üncü maddesinin 6'ncı fıkrası uyarınca bu konuda aldıkları kararları il genel meclislerinin ilk toplantısında meclise sunarlar.

Belediyelerde ise, 1580 sayılı Kanunun 19'uncu maddesinin 6'ncı bendi, 70'inci maddesinin 16'ncı bendi ve 100'üncü maddesinin "c" bendi hükümleri uyarınca uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli; belediye meclisinin kararı ve düzenlenecek sulhnameyi belediye başkanının imzalaması suretiyle yapılabilir.

c) Müteahhitle ek sözleşme yapılmalıdır.

Danıştay %30'u aşan iş bedellerinin ek sözleşme yapılarak ödenmesinde birim fiyatlara dahil bulunan %10'luk müteahhit kârının düşülmesi gerektiği görüşündedir. Danıştay 3'üncü Dairesinin 13.3.1970 tarih ve 1970/100 esas, 1970/104 karar sayılı kararında:

"Kanun ve sözleşme hükümlerine göre yapmaya mezun bulunduğundan fazla iş yapan müteahhit vekaletsiz iş yapan kimse durumunda bulunduğuna, Borçlar Kanununun 413'üncü maddesi hükmü muvacehesinde vekaletsiz iş yapan müteahhidin ancak zaruri masrafları istemeye hakkı olabileceğine, ihalede keşif bedelleri %10 müteahhit kârı verilmek suretiyle hesap edilmekte olduğundan, yukarıda belirtilen durum muvacehesinde %20 dışındaki işler için %10 müteahhit kârı ödenmesi caiz olamayacağına göre, %20 dışında yapılan iş bedellerinden %10 müteahhit kârı tenzül edilmek suretiyle teklifte bulunulması halinde işin sulhen hallinin düşünülmesi mümkün olacağından, bu yolda anlaşmaya varılabildiği takdirde bu esasa göre düzenlenecek sulh name ile birlikte gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesine 13.3.1970 tarihinde oybirliği ile karar verildi"
denilmektedir.

Önceki bölümlerde de ifade edildiği gibi, %30'u aşan iş bedellerinin hesaplanmasında müteahhit kârının dahil edilmemesi gerektiği yönünde Yargıtay ve Sayıştay kararları da bulunmaktadır.¹⁸

Bu nedenle düzenlenecek sulhnamelerde birim fiyatlara dahil bulunan %10'luk müteahhit kârının düşülmesi, ayrıca, hükmü kalmayan sözleşmede öngörülen ihale indiriminin de uygulanmaması gerekir.

Bunu sağlamak için; sulh namede, %10'luk müteahhit kârına isabet eden %8'lik indirim oranından daha düşük bir ihale indirimi belirlenmemesi, asıl sözleşmede ihale indirimi %8'den daha yüksek belirlenmişse bu oranın uygulanması gerekmektedir.¹⁹

Asıl sözleşmedeki %8'den yüksek ihale indiriminin ek sözleşmeye de tatbik edilmesinin, %30'u aşan işler için asıl sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağı kuralıyla çelişki arzettiği gibi bir düşünce oluşmamalıdır. Zira burada temel amaç, Hazine yararı açısından, asıl sözleşmede yer alan hükümlerden daha olumsuz bir düzenlemeye ek sözleşmede yer vermemektir.

Bu uygulamada, asıl sözleşmedeki ihale indirimi, %30'u aşan iş bedelleri konusunda da geçerliliğini devam ettiren bir sözleşme hükmünü değil, idarenin ek sözleşme yapılırken daha azına rıza gösteremeyeceği bir indirim oranını ifade etmektedir.

Bu tarz bir uygulama, sulh yolunun tercih edilmesi için gerekli şartlardan biri olan "ihtilafın sulh yoluyla halinde idare yararı görülmesi" ilkesine uygun bir yöntem olacağı gibi, yetkili merciden uygun görüş alınmasında ortaya çıkması muhtemel kimi tereddütleri de ortadan kaldıracaktır:

Uygulamada, asıl sözleşmedeki indirim oranı %10'dan fazla ise (örneğin, %11.5) sulhnamede bu indirim oranına sembolik bir ilave yapılmakta (örneğin, %0.5) ve bu şekilde bulunan " %30 dışı işler indirimi " (örneğimizde %12) %30'u aşan iş bedellerinden ihale tenzilatı olarak düşülmektedir.

18) Bkz. Dipnot 8 ve 14'deki kararlar

19) %10'luk müteahhit karı birim fiyatlara yüzde hesabıyla ilave edildiğinden, birim fiyatlardan düşülürken ya karlı tutarın 0,92 ile çarpılması, ya da %8'lik bir tutarın çıkarılması gerekmektedir. Bu nedenle %10'luk müteahhit karı %8'lik bir indirimde tekabül etmektedir.

Asıl sözleşmedeki ihale indirim oranı %10'dan düşük ise sulh namede bu oran %10 olarak belirlenmekte ve uygulanmaktadır.

Emanet yöntemiyle yaptırılan işlerde ise, taşeronla %10'luk müteahhit kârı verilmemekte sadece %15 genel gider karşılığı ödenmektedir.²⁰ Bu nedenle ek sözleşmede kararlaştırılacak ihale indiriminin %10'luk müteahhit kârına isabet eden %8'lik indirim oranından düşük tespit edilmemesi gibi bir zorunluluk olmamalıdır. Ancak ek sözleşmede belirlenecek olan "%30 dışı işler indirimi"nin daha önce ifade edilen gerekçelerle asıl sözleşmedeki indirim oranından düşük olmaması icabeder.

Uygulamada emanet işler için asıl sözleşmedeki ihale indirimine (örneğin, %2.35) sembolik bir ilave yapılmakta (örneğin, 0,65) ve bu şekilde bulunan %30 dışı işler indirimi (örneğimizde %3), müteahhidin %30'u aşan iş bedellerinin ihale tenzilatı olarak uygulanmaktadır.²¹

%30'u aşan iş bedelleri konusunda ifade edilmesi gereken bir diğer husus, yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde müteahhit ya da taşeronlara yapılacak ödemelere 88/13181 sayılı kararname gereği ödenmesi gereken fiyat farklarının da dahil edilmesi gerektiğidir ve %30 dışı işler için belirlenen ihale indirimi bu şekilde ödenecek eskalasyon fiyat farklarına da aynen uygulanır.

Buraya kadar hukuksal analizini yapmaya çalıştığımız %30'u aşan işler konusunda ifade edilenlerden ve mevcut düzenlemelerden hareketle uygulamanın yasal ve meşru bir zemine oturduğu anlaşılmalıdır. Konu söz-

20) Emanet İşlere Ait Uygulama Yönetmeliğinde %15'lik tutardan "kar ve genel masraf" olarak söz edilmekte ise de bu miktarın ne kadarının kar, ne kadarının genel gider olduğu yolunda her hangi bir açıklamada bulunulmamıştır. Yapım işlerine ilişkin birim fiyat analizlerinde ise %25'lik tutarın %10'unun müteahhit kârı ve %15'inin genel gider karşılığı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle emanet işlerdeki %15'lik tutarı sadece genel gider karşılığı olarak kabul etmek daha doğru olur.

21) Örnek, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünün uygun görüş verdiği 1996/127 no'lu mütalaasından alınmıştır.

leşme dışı yapılan bir takım işlerin idareye yapılmış bir bağış olarak kabulünün mümkün olmaması ve bu nedenle ortaya çıkan bedel uyuşmazlığının adli yargıda ya da kanunların cevaz verdiği çerçevede sulh yoluyla hallinden ibarettir. Uyuşmazlıklar anılan yöntemlerle çözümlense bile yine de İhale Kanunumuzun amir hükümlerine aykırı, ihale hukukunun temel ilkeleri olan aleniyet, serbest rekabet ve uygun bedel gibi unsurları ortadan kaldıran bir iş yaptırma söz konusudur. Bu nedenle, %30'u aşan işlerin yaptırılmasında ihmal ya da kasıtları bulunan kamu görevlilerinin sorumlulukları devam eder. Bu sorumluluk kapsamında ilgililer hakkında idari ve cezai açıdan takibat yapılması gerektiği gibi, konunun adli yargıda çözümlenmesi halinde mahkemece idare aleyhine hükmedilen faiz ve yargılama gideri gibi külfetlerin de rücu yoluyla ilgililere ödettirilmesi gerekmektedir.