

Kamu İhale Mevzuatında Mühendis ve Mimarlar Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Hüseyin Gencer¹

Özet

01.01.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile mühendis ve mimarlara gerek yapım işi ihalelerine katılımlarında ve gerekse anahtar teknik personel olarak çalışmaları ile ilgili 2490 sayılı Artırma Eksiltme ve İhale Kanunu ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda olmayan yeni olanaklar sağlanmıştır. Kanununun 10. maddesine göre, kamu yapım ihalelerine katılan isteklilerin mesleki ve teknik yeterliğinin belirlenebilmesi için, yapım işlerinde ihale konusu iş veya benzer işlerle ilgili deneyimini gösteren iş deneyim belgelerinin istenilmesi zorunludur. Mühendis ve mimarların mezuniyet belgeleri ile denetledikleri veya yönettikleri işler için aldıkları iş denetleme belgesi, iş yönetme belgeleri iş deneyim belgesi olarak değerlendirilmektedir.

Mesleki ve teknik yeterliğin belirlenmesindeki diğer bir kriter de ihaleye katılan isteklilerin organizasyon yapısına ve personel durumuna ilişkin belgeler kapsamında Yapım ihalelerinde asgari yeterlik kriteri olarak anahtar teknik personel istenilmektedir.

Ancak tarihsel süreçte Kamu İhale Kanununda ve Uygulama Yönetmeliklerinde yapılan değişiklikler ile mühendis ve mimarların hak kaybına uğradıkları görülmektedir.

Bu çalışmada, Kamu İhale Kanunu'nda ve Uygulama Yönetmeliklerinde yapılan değişikliklerin mühendisler açısından olumlu ve olumsuz yönleri araştırılmıştır. Mühendis ve mimarların gerek mezuniyet belgeleri, gerek iş denetleme ve yönetme belgeleri ile yapım işi ihalelerine katılımlarında ve gerekse anahtar teknik personel olarak çalışmalarında uygulamada ortaya çıkan sorunlar ortaya konularak çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar sözcükler: Kamu İhale Kanunu, iş deneyim belgesi, iş denetleme ve iş yönetme belgesi, mezuniyet belgesi, anahtar teknik personel

Giriş

Kamu İhale Kanunu'na ilişkin tüm ikincil mevzuatı hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek, uyumsuzluklara karar vermek Kamu İhale Kurumunun görevleri arasında bulunmaktadır (Bakanlar Kurulu, 2002a, 2002b). Bu çerçevede ihaleye katılmak için istenen belgeler, yeterlik kriterleri, iş deneyim belgelerinin neler

1 Dr. Y. Müh., Gencer Mühendislik&Müşavirlik&Danışmanlık. Bağdat Cad. Gedik İş Merkezi B /28 Maltepe-İST. Tel: (0542)2330649 gencerhuseyin@hotmail.com

olduğu, nasıl düzenleneceği ve verileceği, geçerlik koşulları, anahtar teknik personelin tanımı, kimlerin, nasıl anahtar teknik personel olabileceği de Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenmektedir (Kamu İhale Kurumu, 2002a, 2002b). Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girdiği 01.01.2003 tarihinden günümüze kadar olan süreçte mevzuat ile ilgili çok köklü değişiklikler olmuştur (Gencer, 2003a, 2003b). Yazarın mühendis ve mimarların hak kayıpları üzerine yazdığı makaleler ve bildirimler doğrultusunda Kamu İhale Kurumu tarafından ikinci mevzuatta zaman zaman değişiklikler yapılmıştır. Ancak sorunlar devam ettiğinden bu bildiri ile mühendis ve mimarların bildiride açıklanan hususlar ile ilgili hem bilgi sahibi olmaları hem de mevzuatta değişiklik yapılması için Kamu İhale Kurumuna duyurulması amaçlanmıştır.

Mühendis ve Mimarların Kamu İhalelerine Katılmalarında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Meslek Odası Kayıt Belgesi (Faaliyet Belgesi) İle İhalelere Katılma

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin “Aday veya isteklinin mesleki faaliyetini sürdürdüğünü ve teklif vermeye yetkili olduğunu gösteren belgeler” başlıklı 38 inci maddesinde;

“Gerçek kişi olması halinde, ilk ilan/davet tarihinin veya ihale/son başvuru tarihinin içerisinde bulunduğu yılda alınmış, ilgisine göre Ticaret ve/veya Sanayi Odasına veya ilgili Meslek Odasına kayıtlı olduğunu gösterir belgenin” istenilmesi zorunludur.” Hükmü bulunmakta iken Kamu İhale Kurulu mühendislerin meslek odası belgesini faaliyet belgesi olarak kabul etmemiştir. Gerekçesi ile ilgili KİK 2006/UY.Z-2262 sayılı kararında; *“İdarelerce bu Yönetmelik kapsamında yapılacak yapım işi ihalelerinde isteklilerden;*

a) Gerçek kişi olması halinde, ilk ilan/davet tarihinin veya ihale/son başvuru tarihinin içerisinde bulunduğu yılda alınmış, ilgisine göre Ticaret ve/veya Sanayi Odasına veya ilgili Meslek Odasına kayıtlı olduğunu gösterir belgenin,” istenileceğine ilişkin düzenlemede yer alan “veya ilgili Meslek Odasına” ibaresine, ilgili mevzuat gereği ticaret veya sanayi odasına değil esnaf ve sanatkar odalarına kayıt olabilen gerçek kişilerin, mesleki faaliyetlerini sürdürdüğünü göstermek üzere esnaf ve sanatkar odalarından alacakları belgeyi sunmalarına imkan vermek amacıyla yer verilmiştir.

Gerçek kişilerin 4734 sayılı Kanuna göre yapılan yapım işi ihalelerinde teklif verebilmeleri için yapım müteahhidi olması, bu sığata sahip olabilmek için de tacir veya esnaf olmaları gerekmektedir. Tacir veya esnaf olmayan, dolayısıyla yapım müteahhidi sıfatını kazanamayan kişilerin söz konusu ihalelerde teklif verebilmeleri mümkün değildir.

Yukarıda belirtilen “İlgili meslek odası” ibaresinden İnşaat Mühendisleri Odası gibi odaların değil esnaf ve sanatkarlar odasının anlaşılması gerekmektedir.

Bu nedenle, ihaleye ait idari şartnamenin ihaleye katılacak isteklilerce sunulması gereken belgelere ilişkin 7.1. maddesi kapsamında ticaret veya sanayi odası ya da esnaf ve sanatkarlar odasından alınan belgeyi sunmayan, bunun yerine İnşaat Mühendisleri Odasından aldığı belgeyi sunan başvuru sahibi isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasının mevzuata aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.” (www. kik.gov.tr) Denilmiştir.

04.03.2009 tarihinde değiştirilen Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin “Aday veya isteklinin mesleki faaliyetini sürdürdüğünü ve teklif vermeye yetkili olduğunu gösteren belgeler” başlıklı 38 inci maddesinde;

“(1) İhalelerde aday veya isteklilerden;

a) Gerçek kişi olması halinde, kayıtlı olduğu ticaret ve/veya sanayi odasından ya da esnaf ve sânatkar odasından veya ilgili meslek odasından, ilk ilan veya davet tarihinin ya da ihale veya son başvuru tarihinin içinde bulunduğu yılda alınmış, odaya kayıtlı olduğunu gösterir belge, ”

İdari şartnamenin “İhaleye katılabilmek için gereken belgeler ve yeterlik kriterleri” başlıklı 7.1.a.1 maddesinde de benzer şekilde;

“İsteklilerin ihaleye katılabilmeleri için aşağıda sayılan belgeleri teklifleri kapsamında sunmaları gerekir:

a) Mevzuatı gereği kayıtlı olduğu ticaret ve/veya sanayi odası ya da esnaf ve sânatkar odası veya ilgili meslek odası belgesi;

1) Gerçek kişi olması halinde, kayıtlı olduğu ticaret ve/veya sanayi odasından ya da esnaf ve sânatkar odasından veya ilgili meslek odasından, ilk ilan veya ihale tarihinin içinde bulunduğu yılda alınmış, odaya kayıtlı olduğunu gösterir belge, ... ”

Şeklinde düzenleme yapılmıştır.

“İlgili meslek odası” tabiri ile ilgili hiçbir değişiklik yapılmamışken bu defa KİK’ in 07.02.2011 tarih ve 2011/UY.DÜZENLEME-648 sayılı kararında; “Başvuru sahibi tarafından teklif kapsamında TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Adana Şubesi tarafından düzenlenen 23.11.2010 tarih ve 01.03562 sayılı oda kayıt belgesinin sunulmuş olduğu tespit edilmiştir. Gerek Yönetmelik hükmü, gerek idari şartnamede yer alan düzenleme uyarınca gerçek kişi isteklinin mesleki faaliyetini sürdürdüğünü gösterir belge olarak ilgili meslek odasından ilk ilan tarihinin ya da ihale tarihinin içinde bulunduğu yılda alınmış, odaya kayıtlı olduğunu gösterir belgenin sunulması yeterli olacaktır. İhale üzerinde bırakılan istekli tarafından sunulan belgenin ihale tarihinin içinde bulunduğu yılda alınmış olduğu, işin konusunun bina yapılmasına ilişkin olduğu, inşaat mühendisliği faaliyetinin yapılan işle ilgili olduğu, idari şartnamenin 7.1.a.1 inci maddesi uyarınca TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Adana Şubesi tarafından düzenlenen oda kayıt belgesinin sunulmasının yeterli olduğu anlaşılmıştır. Dolayısıyla başvuru sahibinin teklifinin idari şartnamenin 7.1.a.1 inci maddesi uyarınca isteklinin mesleki faaliyetini gösterir belge sunulmadığı gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılması mevzuata aykırılık teşkil etmektedir.” Denilerek ihale konusu işin o mühendisliğin faaliyeti ile ilgili olduğu ihalelerde mühendislerin meslek odası belgesini faaliyet belgesi olarak kabul etmiştir. Ancak 4734 sayılı Kanununun 10. maddesinin (a), (b) ve (g) bentlerinde olmadığına dair belgelerin Ticaret Odası ve Ticaret Sicil

Memurluğundan alınması gerekir şeklindeki düzenlemede bir değişiklik yapılmadığından, bu karar da Ticaret Odasına kayıtlı olmayan mühendislerin mühendisler odası faaliyet belgesi ile ihale almalarına olanak sağlamamıştır (Gencer, 2007). Bu durum 20.04.2011 tarihine kadar devam etmiştir. 20/4/2011 tarih ve 27911 sayılı Resmi Gazetede 4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b) ve (g) bentlerine ilişkin olarak Kamu İhale Tebliğinde; “4734 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerine ilişkin belge, tacirler için ticaret sicil memurlukları, esnaf ve sanatkârlar için esnaf ve sanatkâr sicil müdürlüğü/memurluğu, serbest meslek sahipleri için ise üyesi olduğu oda tarafından düzenlenir. (g) bendine ilişkin belge ise, gerçek veya tüzel kişinin kayıtlı olduğu odalar tarafından düzenlenir. Bu belgeler, başka bir kurum ya da kuruluştan teyit alınmadan kabul edilebilecektir.” Şeklinde değişiklik yapılarak mühendislerin meslek odası belgesi ile ihaleye katılmalarına ve de sözleşme imzalamalarına olanak sağlanmıştır. Bu tarihe kadar meslek odası belgesi ile katıldıkları ihalelerde haksız yere değerlendirme dışı bırakılan mühendisler hak kaybına uğramışlardır. Ancak bu değişiklikler iş denetleme belgesi sahibi Ticaret Odasına kayıtlı olmayan mühendisler için yeterli olmamıştır. Zira Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin İş Deneyim Belgelerinin Değerlendirilmesi başlıklı 48. maddesinin 6. bendinin (b) fıkrasında; “b) Gerçek kişilerce denetim faaliyetleri nedeniyle alınan iş denetleme belgesi tutarları; gerçek kişinin ilgisine göre ticaret ve/veya sanayi odasına veya esnaf ve sânatkar odasına kaydolduğu tarihten itibaren ilk beş yıl beşte bir oranında, daha sonraki yıllarda tam olarak değerlendirilir.” Denildiğinden Ticaret Odasına kayıtlı olmayan iş denetleme belgesine sahip mühendislerin ihale almaları mümkün olamamıştır. Bu defa 16.07.2011 tarih ve 27996 sayılı Resmi Gazetede Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin İş Deneyim Belgelerinin Değerlendirilmesi başlıklı 48. maddesinin 6. bendinin (b) fıkrasında; “Gerçek kişilerce denetim faaliyetleri nedeniyle alınan iş denetleme belgesi tutarları; belgeye hak kazanma tarihinden itibaren ilk beş yıl beşte bir oranında, daha sonraki yıllarda tam olarak değerlendirilir.” şeklinde yapılan değişiklikle “ticaret ve/veya sanayi odasına veya esnaf ve sânatkar odasına kaydolduğu tarihten itibaren” ibaresi kaldırılarak mühendislere yapılan haksızlık 8,5 yıl sonra giderilebilmiştir.

Devam Eden ve Devir Edilen İşlerde İş Denetleme ve İş Yönetme Belgesi Düzenlenmesi

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin İş Deneyimini Gösteren Belgeler başlıklı 39. maddesinde;

“c) Devam eden işlerde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen,

d) Devredilen işlerde, devir öncesindeki veya sonrasında ilk sözleşme bedelinin en az % 80'inin gerçekleştirilmesi şartıyla, ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan” denilerek yasal iş artışı kapsamında devam eden işlerde yüklenici iş durum belgesinin düzenlenebilmesi için ilk sözleşme bedelinin tamamlanması veya toplam sözleşme bedelinin %80'ine ulaşılması yeterli iken, devredilen işlerde iş durum belgesi düzenlenmemektedir.

Devredilen işlerde yüklenici iş bitirme belgesinin düzenlenebilmesi için işin geçici kabulünün yapılması koşulu getirilmiştir.

Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin “İş Deneyimini Gösteren Belgeler” başlıklı 39. maddesinde;

“b) İlk ilan veya davet tarihinden geriye doğru son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan işlerde, ilk sözleşme bedelinin en az % 80’i oranında denetlenen ya da yönetilen,

ç) Devam eden işlerde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80’ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen işlerde; ilk sözleşme bedelinin en az % 80’i oranında denetlenen ya da yönetilen,” denilerek geçici kabulü yapılan ve devam eden işlerde iş denetleme ve yönetme belgelerinin nasıl düzenlenebileceği tanımlanmıştır. Devredilen işler sadece yüklenicileri ilgilendiren bir husus olduğundan devredilen işlerde iş denetleme ve iş yönetme belgelerinin düzenlenmesi ile ilgili Kanun’da ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin “Belge düzenleme koşulları” başlıklı 44. maddesinde;

“İdarenin izni ile devredilen ve geçici kabulü yapılan işlerde;

a) Devir öncesinde veya sonrasında dönemde işin ilk sözleşme bedelinin en az % 80’i oranındaki kısmını gerçekleştiren yüklenicilere “yüklenici iş bitirme belgesi,

b) İlk sözleşme bedelinin en az % 80’i oranında denetleme ve yönetme görevinde bulunan mimar veya mühendisler “iş denetleme belgesi” veya “iş yönetme belgesi”, düzenlenir.” Denilerek sanki devredilen ve devam eden işlerde iş denetleme ve iş yönetme belgesinin düzenlenebilmesi için işin geçici kabulünün yapılması koşulu arandığı şeklinde yanlış anlamalara ve yanlış uygulamalara meydan vermektedir. Bazı idareler devredilen ve devam eden işlerde ilk sözleşme bedelinin %80’i oranında denetleme ve yönetme görevinde bulunduktan sonra işten ayrılan mühendisler geçici kabul yapılmadan iş denetleme ve iş yönetme belgeleri düzenlemeyerek hak kaybına sebep olmaktadır (Gencer, 2009a). Yönetmelik Kanunun üstünde olamayacağından bu düzenleme 4734 sayılı Kanuna aykırı olup Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin “Belge düzenleme koşulları” başlıklı 44. maddesindeki 3-b bendi kaldırılarak yanlış uygulamalara son verilmelidir. Ayrıca Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin “İş Deneyim Belgelerinin Değerlendirilmesi” başlıklı 48. maddesinin 6. bendinin (b) fıkrasındaki; *“b) Gerçek kişilerce denetim faaliyetleri nedeniyle alınan iş denetleme belgesi tutarları; gerçek kişinin ilgisine göre ticaret ve/veya sanayi odasına veya esnaf ve sânatkar odasına kaydolduğu tarihten itibaren ilk beş yıl beşte bir oranında, daha sonraki yıllar da tam olarak değerlendirilir.”* Hükmü 16.07.2011 tarih ve 27996 sayılı Resmî Gazetede;

“b) Gerçek kişilerce denetim faaliyetleri nedeniyle alınan iş denetleme belgesi tutarları;

belgeye hak kazanma tarihinden itibaren ilk beş yıl beşte bir oranında, daha sonraki yıllarda tam olarak,” şeklinde değiştirilmiştir.

Aynı Yönetmeliğin 7. bendi;

“İş denetleme belge tutarının değerlendirilmesinde altıncı fıkrada belirtilen belgeye hak kazanma tarihi olarak;

a) Biten işlerde geçici kabul tarihi,

b) Toplam sözleşme bedelinin % 80 inin ilk sözleşme bedelinden düşük olduğu devam eden işlerde;

1) Belge sahibinin ilk sözleşme bedelinin tamamlandığı tarihten önce sözleşme konusu işteki görevinden ayrılması halinde ilk sözleşme bedelinin tamamlandığı tarih,

2) Belge sahibinin ilk sözleşme bedelinin tamamlandığı tarih veya sonrasında sözleşme konusu işteki görevinden ayrılması halinde belge sahibinin denetim görevinden ayrıldığı tarih,

....

esas alınır.” Şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile devam eden işlerde iş denetleme belgesine hak kazanma tarihinin esas alınmasında, işin devir edilmesi ile ilişkilendirilmediğinden de Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin *“Belge düzenleme koşulları”* başlıklı 44. maddesindeki 3. bendin (b) fıkrası kaldırılmalı, devredilen ve devam eden işlerde işin geçici kabulü yapılmadan işten ayrılan ancak koşulları sağlayan mühendis ve mimarlara iş denetleme ve iş yönetme belgesinin verilmesi sağlanarak hak kaybı önlenmelidir.

Mezuniyet Belgeleri

Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin (h) bendinde; *“Mühendis veya mimarların, aldıkları lisans eğitimine uygun yapım işleri ihalelerinde, iş deneyimi olarak mezuniyet belgelerini sunmaları durumunda;*

a) İş deneyimi bulunmayan mühendis veya mimarların; toplam süresi onbeş yılı geçmemek kaydıyla mezuniyetlerinden sonra geçen her yıl, Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde belirtilen tutar kadar,

b) İş deneyimi bulunan mühendis veya mimarların; onbeş yıllık sınırlamaya tabi tutulmaksızın, mezuniyetlerinden sonra geçen her yıl Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde belirtilen tutar kadar, benzer iş deneyimi olarak dikkate alınır. Bu süre iş deneyimi bulunan mimar ve mühendisler için uygulanmaz. Bu bent kapsamında elde edilen deneyim mühendis ve mimarın beş yıldır en az % 51 hissesine

sahip olduğu veya her iki ortağın da mühendis olup % 50-% 50 ortak olduğu tüzel kişiler tarafından da kullanılabilir.” Hükmü bulunmaktadır.

Ancak burada sadece mühendisten söz edilmiş, mimardan söz edilmemiştir. Yapılan bu düzenleme ile mimarların %50-%50 ortak olması veya bir mühendis ile bir mimarın %50 -%50 ortak olması halinde bu tüzel kişiliklerde mezuniyet belgelerinin kullanılmasına olanak sağlanmamıştır (Gencer, 2009a, 2009b).

Yeni Mezun Mühendis ve Mimarların Mezuniyet Belgeleri

4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin (h) bendinin lafzı incelendiğinde “mezuniyetten sonra geçen her yıl” ifadesinden, mezuniyetten sonra geçen yılın hesaplanmasında, 365 günlük bir sürenin “yıl” olarak esas alınması gerekmektedir. Mezun olduğu tarihten itibaren 365 günlük (bir yıllık) sürenin geçmediği durumlarda, mezuniyet belgesinin iş deneyimi olarak kullanılmasının söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Bundan dolayı 4734 sayılı Kanunda, mühendis ve mimarların mezun oldukları tarihte geçerli Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde belirtilen tutar kadar iş deneyime sahip olmaları şeklinde değişiklik yapılarak yeni mezun mühendis ve mimarların hak kayıpları önlenmelidir.

Fesih Edilen İşlerde Yüklenici Bünyesindeki Mühendis ve Mimarların İş Denetleme ve İş Yönetme Belgesi Düzenlenmesi

Yüklenici iş bitirme belgesi düzenlenebilmesi için işin geçici kabulünün yapılması, yasal iş artışı kapsamında devam eden işlerde iş durum belgesi düzenlenebilmesi için ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, toplam sözleşme bedelinin en az % 80’inin kusursuz olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İş denetleme ve iş yönetme belgelerinin düzenlenmesinde de ayrıca ilk sözleşme bedelinin %80’i oranında denetleme ve yönetme görevinde bulunma koşulu aranmaktadır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi” başlıklı 19 uncu maddesi uyarınca, sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyecek olmasından dolayı sözleşmenin feshedilmesi durumunda ilk sözleşme bedeli tamamlanmış olsa dahi iş deneyim belgesinin düzenlenemeyeceği açıktır.

Ancak “Mücbir Sebeplerden Dolayı Sözleşmenin Feshi” başlıklı 23 üncü maddesi uyarınca mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde iş deneyim belgesi düzenlenebilecektir.

“İdarenin Sözleşmeyi Feshetmesi” başlıklı 20 nci maddesinin (a) bendi uyarınca yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi ve (b) bendi uyarınca

sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi nedenlerinden dolayı sözleşmenin feshedildiği durumlarda ilk sözleşme bedeli veya toplam sözleşme bedelinin tamamlanmış olan haller ile “Sözleşmeden Önceki Yasak Fiil veya Davranışlar Nedeniyle Fesih” başlıklı 21 inci maddesi uyarınca gerek yüklenicinin ihale sürecinde Kamu İhale Kanununa göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesinden dolayı sözleşmenin feshedildiği gerekse de taahhüdün en az %80’inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlanmasında kamu yararı bulunması kaydıyla maddede belirtilen haller dahilinde yüklenicinin taahhüdünü tamamladığı durumlarda, sözleşme yükleniciden kaynaklanan nedenlerden ötürü tamamlanmadığından ve tamamlanmayan sözleşmeler yönünden kusursuzluk halinden söz edilemeyeceğinden, bu durumlarda iş deneyim belgesinin düzenlenemeyeceği açıktır.

İş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 4735 sayılı Kanunun “Yasak Fiil ve Davranışlar” başlıklı 25 inci maddesinde belirtilen fiil veya davranışlar nedeniyle haklarında Kanunun 26 veya 27 nci maddelerinde belirtilen yaptırımların uygulanması halinde, sözleşmenin akdedilmesi sırasında idarenin iradesinin fesada uğratılması durumunda sözleşmenin butlanı hali söz konusu olduğundan veya sözleşmenin yürütümü sırasında yasak fiil ve davranışın idarece tespit edilmesi halinde sözleşmenin feshi gerekeceğinden her iki durumda da dürüstlük kurallarına aykırı olarak elde edilmiş hakların korunması söz konusu olamayacağından, belirtilen durumlarda iş deneyim belgesinin düzenlenemeyeceği ve daha önce düzenlenen iş deneyim belgelerinin geçersiz sayılacağı açıktır.

4735 sayılı Kanunda yüklenicinin ölümü ve mücbir sebeplerin oluşması nedeniyle sözleşmenin ifasının mümkün olması durumları yüklenicinin kusurlarına dayanmayan fesih halleri olarak belirtilmiştir. Aynı zamanda işin yasal artışlar dahilinde tamamlanamayacağına anlaşılması hali “tasfiye” olarak nitelendirilmiş ve sonuç bakımından da kusura dayalı fesihlerden ayrılmıştır. KİK 2009/UY.II-109 sayılı kararında; “Başvuruya konu ihalede işin tasfiye edilmiş olması nedeniyle iş deneyim belgesinin düzenlenmesi için gerek ve yeter şartın sağlandığının tespiti için işin tasfiye nedeninin irdelenmesi gerekmektedir. ... İdare bünyesinde çalışan ve işin denetlenmesinden sorumlu kişiler açısından yüklenicinin kusurundan kaynaklansa dahi işin % 50’lik kısmında fiilen bulunmuş ise ilgili kişiye iş denetleme belgesi düzenlenebileceği de açıktır.

Sonuç olarak, belgeyi düzenleyen idareden tasfiye tutanağı ile birlikte denetleme belgesine esas belgelerin istenilerek tarafların kusurlu davranışları sonucu sözleşmenin feshedilmesi veya kusur dışında bozucu şartların oluşması nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi durumları ile düzenlenen kişinin 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerde, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurum niteliğindeki kuruluşlarda veya özel sektörde görevli olması göz önüne alınarak belgenin idare tarafından tekrar değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.” Denilerek sözleşmenin feshinin yüklenici kusurundan kaynaklanması halinde yüklenici bünyesinde denetleme görevinde bulunanlara iş denetleme belgesi düzenlenemeyeceği şeklinde karar

verilmiştir. İdare bünyesinde çalışanlara iş denetleme belgesi düzenlenebiliyor iken yüklenici kusurunun yüklenici bünyesindeki mühendislere yüklenmesi, yüklenici bünyesinde çalışanlara iş denetleme belgesi düzenlenmemesi eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir. Yüklenici kusurundan kaynaklanan fesihlerde gerek İdare bünyesinde gerekse yüklenici bünyesinde işin %80'inde denetleme görevinde bulunan mühendislere iş denetleme belgesinin verilmesi sağlanmalıdır (Gencer, 2009c).

Tüzel Kişi Gerçek Kişi İş Ortaklığında İş Deneyim Belgesi Olarak Aynı Kişinin Mezuniyet Belgesinin Kullanılması

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin “İş ortaklığı” başlıklı 32 inci maddesinde;

“(1) Birden fazla gerçek veya tüzel kişi iş ortaklığı oluşturmak suretiyle her türlü ihaleye katılabilir.

(2) İş ortaklığını oluşturanlar, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere ortaklık yapar.

(3) İş ortaklığı başvuru veya teklifiyle birlikte pilot ortağın da belirlendiği İş Ortaklığı Beyannamesini vermek zorundadır.

(4) İş ortaklığında en çok hisseye sahip ortak, pilot ortak olarak gösterilmek zorundadır. Ancak bütün ortakların hisse oranlarının eşit olduğu veya diğer ortaklara göre daha fazla hisse oranına sahip ve hisseleri birbirine eşit olan ortakların bulunduğu iş ortaklığında ise bu ortaklardan biri pilot ortak olarak belirlenir. Ortakların hisse oranları İş Ortaklığı Beyannamesinde gösterilir.” Hükümü,

Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin “İş deneyimini gösteren belgeler” başlıklı 39 uncu maddesinde;

“... (6) İş ortaklığında, pilot ortağın istenen asgari iş deneyim tutarının en az % 80'ini, diğer ortakların her birinin ise, istenen asgari iş deneyim tutarının en az % 20'sini...sağlaması zorunludur.

(7) İş ortaklığında, pilot ortağın istenen asgari iş deneyim tutarının tamamını sağlaması halinde; diğer ortaklar, istenen asgari iş deneyim tutarının % 40'ından az olmamak üzere, benzer işe ait olmayan bir yapım işine ilişkin belge sunabilirler.

... (12) Mezuniyet belgelerinin iş deneyimini tevsik için sunulması durumunda; mezuniyetten sonra geçen sürenin onbeş yıldan fazlasının değerlendirmeye alınabilmesi için, başvuru veya teklif kapsamında mezuniyet belgesi sahibine ait yapım işine ilişkin bir iş deneyim belgesinin sunulması zorunludur....” hükümü,

“İş deneyim belgelerinin verilmesi” başlıklı 47 nci maddesinde;

“... (7) Mezuniyet belgeleri, belge sahibi dışındaki aday ve istekli tarafından kullanılamaz. Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları;

a) Her iki ortağın da mühendis olup % 50 – % 50 ortak olduğu tüzel kişiler dışındaki tüzel kişilerin ihaleye girebilmesinde, tüzel kişiliğin en az beş yıldır en az % 51 hissesine sahip olmaları,....
ve teminat süresince (kesin kabule kadar) bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur.”
hükmü,

“Değerlendirmeye ilişkin esaslar” başlıklı 48 inci maddesinin 7 nci fıkrasında;
“Mühendis veya mimarların, aldıkları lisans eğitime uygun yapım işleri ihalelerinde, iş deneyimi olarak mezuniyet belgelerini sunmaları durumunda;

- a) İş deneyimi bulunmayan mühendis veya mimarların; toplam süresi onbeş yılı geçmemek kaydıyla mezuniyetlerinden sonra geçen her yıl, Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde belirtilen tutar kadar,
- b) İş deneyimi bulunan mühendis veya mimarların; onbeş yıllık sınırlamaya tabi tutulmaksızın, mezuniyetlerinden sonra geçen her yıl Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde belirtilen tutar kadar,

benzer iş deneyimi olarak dikkate alınır.” Hükmü yer almaktadır.

Yukarıda açıklanan mevzuat hükümlerinden, bir inşaat mühendisinin %51 hissesine 5 yıldan fazla süredir ortağı olduğu tüzel kişilik ile aynı inşaat mühendisinin gerçek kişi olarak iş ortaklığı oluşturup ihaleye katılmasında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır. Tüzel kişiliğin iş deneyim belgesi olarak %51 hissesine 5 yıldan fazla süredir ortağı inşaat mühendisinin mezuniyet belgesini, gerçek kişi ortağın iş deneyim belgesi olarak da inşaat mühendisliği mezuniyet belgesini sunmasında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır. Ancak KİK 2010/UY.III-3639 sayılı kararında; “İncelenen ihalede ihale üzerinde bırakılan iş ortaklığında yer alan pilot ve özel ortağın iş deneyimini tevsik amacı ile Yılmaz İlhan’a ait inşaat mühendisliği diplomasını sunduğu anlaşılmaktadır.

Yönetmeliğin 48 inci maddesinin 7 nci fıkrasına göre Yılmaz İlhan’a ait iş deneyim tutarı hesaplandığında, bu tutarın iş ortaklığı tarafından sağlanması gereken asgari iş deneyim tutarının üzerinde olduğu görülmektedir. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğininin 39 uncu maddesinde iş ortaklığında her ortağın sağlaması gereken asgari iş deneyim tutarına ilişkin düzenleme yapıldığı, ancak iş ortaklığının sağlaması gereken asgari iş deneyim tutarının yalnız pilot ortak tarafından sunulan belge ile sağlandığı durumda, özel ortak tarafından da aynı belgenin kullanılabileceği ya da özel ortak tarafından başka bir belge sunulmasına gerek bulunmadığına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı dikkate alındığında, pilot ortak ile özel ortağın iş deneyimlerini aynı mezuniyet belgesi ile tevsik edemeyecekleri anlaşılmaktadır. Dolayısı ile iş deneyimini tevsik edemeyen ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir.” denilmiştir.

Mevzuata uygun oluşturulmuş iş ortaklığının, ayrı ayrı mevzuata uygun iş deneyim belgelerini sunmalarında, mevzuatta olmayan bir kararla değerlendirme dışı bırakılmasında mevzuata uyarlık bulunmadığı değerlendirilmektedir.

Anahtar Teknik Personel

Gerçek veya tüzel kişi tarafından, taahhüt ettiği işlerden bağımsız olarak ticari faaliyette bulunduğu yerde, ilk ilan veya davet tarihinden geriye doğru en az bir yıl boyunca istihdam edilen ve şantiyede yürütülen çalışmaları yöneten kişi olarak tanımlanmıştır. Anahtar teknik personelin ilgili meslek odasına kayıtlı olması zorunludur. Bu personelin meslek odasına kayıt tarihinden itibaren geçecek süre en az beş yıl iken yapılan değişikliklerle mezuniyetten itibaren en fazla beş yıl olarak öngörülebilecektir. Ayrıca deneyim süresi hesabında deneyim süresi kıst (ay ve gün) olarak hesaplama yapılmayacak, ihale tarihinin içinde bulunduğu yıldan mezuniyet yılı çıkarılarak hesaplanacaktır. Bu değişiklikler mühendis ve mimar anahtar teknik personel için olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilmektedir. Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin “İsteklinin organizasyon yapısı ve personel durumuna ilişkin belgeler” başlıklı 40. maddesinde;

“İdarece yeterlik kriteri olarak anahtar teknik personele ilişkin belgelerin istenildiği hallerde, öngörülebilecek mimar veya mühendis anahtar teknik personelin sayısı, yaklaşık maliyeti eşik değeri;

- a) *Onda biri ile eşik değeri yarısına kadar olan işlerde en fazla bir,*
- b) *Yarısı ile eşik değeri arasında olan işlerde en fazla iki,*
- c) *Üzerinde olan işler ile yeterlikleri tespit edilenler arasından belli sayıda adayın davet edilmesinin öngörüldüğü belli istekliler arasında ihale usulüyle yapılan ihalelerde en fazla üç,*

olarak istenebilir.” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm doğrultusunda yaklaşık maliyeti eşik değeri onda birine kadar olan ihalelerde anahtar teknik personel istenemeyecektir. Yaklaşık maliyeti eşik değeri onda birinden fazla olan ihalelerde ise anahtar teknik personel istenmesi İdarelerin isteğine bırakılmıştır.

Yapım işlerinde kalitenin artırılması, genç mühendis ve mimarlara istihdam sağlanması için, yaklaşık maliyeti eşik değeri onda birine kadar olan ihalelerde anahtar teknik personel istenebilmeli, yaklaşık maliyeti eşik değeri onda birinden fazla olan ihalelerde ise anahtar teknik personel istenmesi zorunlu hale getirilmelidir.

Sonuç

Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2003 tarihinden bugüne kadar ki süreçte gerek 4734 sayılı Kamu İhale Kanun'unda ve gerekse ikincil mevzuattaki

düzenlemeler ile mühendis ve mimarlar hak kaybına uğramışlardı. Yazarın kamu ihale mevzuatında mühendis ve mimarlar açısından ortaya çıkan sorunlar üzerine yazdığı makaleler ve bildiriler doğrultusunda Kamu İhale Kurumu tarafından ikincil mevzuatta değişiklikler yapılmıştır. Bu bildiri ile de bildiriye açıklanan konularda yapılacak değişikliklerle mühendis ve mimarların kamu ihale mevzuatındaki hak kayıpları önlenmiş olacaktır.

Kaynaklar

Bakanlar Kurulu, (2002a), Kamu İhale Kanunu, Resmi Gazete Tarih/Sayı: 22.01.2002/24658, Ankara.

Bakanlar Kurulu, (2002b), Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Resmi Gazete Tarih/Sayı: 22.01.2002/24658, Ankara.

Gencer, H., (2003a), "Yapım İşleri İhalelerinde Sözleşme Usulleri ve Yapılması Gereken Değişiklikler" Mali Hukuk, Sayı: 107, Sh.: 48-56, Denetim Yayıncılık Ltd. Şti., Ankara.

Kamu İhale Kurumu, (2002a), Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği, 16.07.2011 tarih ve 27996 sayılı Resmi Gazete İşlenmiş

Kamu İhale Kurumu, (2002b), Yapım İşleri Genel Şartnamesi, Resmi Gazete, Ankara.

www. kik.gov.tr. Kamu İhale Genel Tebliği: 20.04.2011/27911

Gencer, H., (2003b), "Yapım İşleri İhalelerinde İş Deneyimi", Mali Hukuk, Sayı: 106, Sh.: 72-81, Denetim Yayıncılık Ltd. Şti., Ankara.

Gencer, H., (2007), "Kamu ihale Kurulunun Verdiği Çelişkili Uyuşmazlık Kararları Üzerine Bir Araştırma" TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası 4. İnşaat Yönetimi Kongresi, Sh.:45-61, 30/31 Ekim 2007, Süleyman Demirel Kültür Merkezi, İstanbul

Gencer, H., (2009a), "Kamu İhale Kanununda Yapılan İş Deneyim Belgeleri ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Güncel Mevzuat, Sayı: 36, Sh.: 16-20, Ankara.

Gencer, H., (2009b), "Mezuniyet Belgeleri ve Anahtar Teknik Personel İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", Güncel Mevzuat, Sayı: 44 Sh.:3-8, Ankara.

Gencer, H., (2009c), "Kamu İhale Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Mühendisler Açısından Tarihsel Süreçte Değerlendirilmesi" TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası 5. Yapı İşletmesi/Yapım Yönetimi Kongresi, Sh.:83-93, 22/23 Ekim 2009, Eskişehir.