



T.C.

Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN
YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANAN SONA ERME HALLERİ**

Zozan ÖZBEK

18904001

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KARAARSLAN

Diyarbakır-2021

T.C.

Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN
YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANAN SONA ERME HALLERİ**

Zozan ÖZBEK

18904001

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet KARAARSLAN

Diyarbakır 2021

TAAHHÜTNAME

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum “KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANAN SONA ERME HALLERİ” adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve tez yazım kılavuzuna uygun olarak hazırladığımı taahhüt eder, tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanması için verdiğimi onaylarım. Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

....../....../2022

Zozan ÖZBEK

T.C
DİCLE UNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

DİYARBAKIR

ZOZAN ÖZBEK tarafından yapılan “ KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN YÜKLENİCİDEN KAYNAKLI SONA ERME HALLERİ” konulu bu çalışma, jürimiz tarafından KAMU HUKUKU Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS tezi olarak kabul edilmiştir

Jüri Üyesinin

Ünvanı

Adı Soyadı

Başkan: Prof. Dr. Gürsel KAPLAN

Üye :Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KARAARSLAN

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Sadullah ÖZEL

Tez Savunma Sınavı Tarihi: 14/01/2022

Yukarıdaki bilgilerin doğruluğunu onaylarım.

.../...../2022

Prof. Dr. Yılmaz DEMİRHAN

ENSTİTÜ MÜDÜRÜ

(MÜHÜR

ÖN SÖZ

Kamu ihale sözleşmeleri; hukuksal yapıları gereği gerek İdare Hukuku gerekse de Borçlar Hukukunda bulunan sözleşme kavramları ile yakından ilgili olmakla birlikte hukuksal açıdan kamu ve özel hukuk sözleşmeleri arası kendine özgü bir hukuksal statüye sahiptir. Bu nedenle kamu ihale sözleşmeleri hem kamu hukuku alanı için hem de özel hukuk alanı için önemli bir araştırma konusudur.

Kamu ihale mevzuatımıza bakıldığında esas alınan temel mevzuat 2002 yılında çıkarılan 4734 sayılı Kamu İhaleleri Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunudur. Söz konusu Kanunlar yakın tarihli olmalarına karşın gelişen, zamanla doğan yeni kamusal ihtiyaçların karşılanmasında yetersiz kalmakta, çelişkili hükümlere yer verilmekte ve belirsizliklere yol açmaktadır. Bu bağlamda Kamu İhale Hukuku ve Kamu İhale Sözleşmeleri üzerinde araştırma yapmak ve araştırma konusu olarak bu alan üzerinde durulmasına katkı sağlamayı amaçlamaktayım.

Hayatım boyunca sonsuz sevgi ve anlayışla destek olan aileme ve gerek yüksek lisans ders eğitimi aldığım süre içerisinde gerekse de tez süresince akademik bilgisini ve desteğini esirgemeyen danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KARAASLAN'a teşekkür ederim.

Zozan ÖZBEK
Diyarbakır 2021

ÖZET

Kamusal ihtiyaçlar ve kamu hizmetleri doğası gereği devlet eli ile sağlanması zorunluluk teşkil eden ihtiyaçlardır. Fakat kamusal ihtiyaç ve hizmetlerin çokluğu ve çeşitliliği sebebi ile özel hukuk kişisi olan kişiler aracılığı ile temin edilmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaca bağlı olarak doğan kamu ihale sözleşmeleri bir tarafı idare iken diğer tarafı özel hukuk kişisi olan sözleşmelerdir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda bulunan sonlanma nedenleri; sözleşmenin izinsiz devri, yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, mahkûmiyeti, mali acz içinde olması ve yasak fiil ve davranışlarda bulunmasıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bulunan sonlanma nedenleri ise ifa, ibra, yenileme, sözleşme taraf sıfatlarının birleşmesi, kusurlu imkânsızlık ve takastır. Sözleşmenin feshedilmesi neticesinde idare tarafından yükleniciye ait teminatlar gelir kaydedilmek sureti ile genel hükümler çerçevesinde tasfiye işlemleri gerçekleştirilmektedir. Sözleşmenin feshi ve tasfiye sürecinde uygulanacak hukuki disiplini tespit edilirken sözleşme taraflarının eşitliği ve kamu yararının üstün tutulması önceliği arasında bir denge kurularak, öncelikle kamu ihale mevzuatı esasları, hüküm bulunmayan hallerde ise borçlar hukuku mevzuatı esasları dikkate alınması gerekmektedir.

Anahtar Sözcükler

Kamu ihale sözleşmesi, İhale, Yüklenici, Fesih, Tasfiye.

ABSTRACT

Public needs and public services are, by their nature, needs that are obligatory and must be provided by the state. However, due to the multiplicity and diversity of public needs and services, it was necessary to provide them through private law persons. The public procurement contracts arising from this need are the contracts of private law persons during the administration of one party. The reasons for termination in the Numbered by 4735 Public Procurement Contracts Code; Unauthorized transfer of the contract, death, bankruptcy, serious illness, detention, conviction of the contractor, being in financial insolvency and engaging in prohibited acts and behaviors. The reasons for termination in the Numbered by 6098 Turkish Code of Obligations are performance, release, renewal, merger of the adjectives of contract parties, defective impossibility and exchange. As a result of the termination of the contract, the guarantees belonging to the contractor are recorded as income by the administration, and liquidation procedures are carried out within the framework of the general provisions. While determining the legal discipline to be applied in the termination of the contract and the liquidation process, a balance should be established between the equality of the contracting parties and the priority of keeping the public interest above, and the principles of the public procurement legislation should be taken into account, and in cases where there is no provision, the principles of the law of obligations should be taken into account.

Keywords

Public tender contract, Tender, Termination, Liquidation.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No.
ÖN SÖZ	I
ÖZET	II
ABSTRACT	III
İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR	VIII
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	4
GENEL OLARAK SÖZLEŞME KAVRAMI	4
1. SÖZLEŞME KAVRAMI	4
2. ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ	5
3. İDARE HUKUKU SÖZLEŞMELERİ	6
3.1. Tanımı, Unsurları ve Niteliği.....	6
3.2. İdari Sözleşmeler ve İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri Ayrımı.....	7
4. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ KAVRAMI.....	11
4.1. Genel Olarak	11
4.2. Kamu İhale Sözleşmesinin Tarihsel Gelişimi.....	13
4.3. Kamu İhale Sözleşmelerinin Tarafları	15
4.4. Kamu İhale Sözleşmelerinin Konusu	17
4.5. Kamu İhale Sözleşmelerinin Türleri.....	18
4.6. Kamu İhale Sözleşmelerinin Temel İlkeleri	22
4.6.1.İhale Dokümanına Aykırı Sözleşme Yapılamayacağı İlkesi	23
4.6.2. Sözleşmenin Değiştirilemez Olduğu İlkesi.....	24
4.6.3.Sözleşme Taraflarının Eşitliği İlkesi.....	25
4.7. Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu	26
4.8. Kamu İhale Sözleşmelerinin Şekli.....	39

İKİNCİ BÖLÜM	41
KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERME HALLERİ	41
1. GENEL OLARAK	41
2. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNDA BULUNAN SONA ERME HALLERİ.....	43
2.1. Kamu İhale Sözleşmesinin İzinsiz Devri.....	43
2.1.1. Genel Olarak	43
2.1.2. Kamu İhale Sözleşmesinin Devir Şartları.....	44
2.1.3. 7161 Sayılı Kanun İle Getirilen Kamu İhale Sözleşmelerinin Devri ...	45
2.1.3. Kamu İhale Sözleşmelerinin İzinsiz Devrinin Hüküm ve Sonuçları	47
2.2. Yüklenicinin Ölümü, İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluğu veya Mahkûmiyeti	47
2.3. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması	53
2.3.1.Genel Olarak	53
2.3.2. Şartları.....	54
2.3.2.1. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması	54
2.3.2.2. Mali Aczin Sözleşme Yapıldıktan Sonra Meydana Gelmesi.....	55
2.3.2.3. Mali Aczin Mücbir Sebep Halleri Dışında Gerçekleşmesi.....	56
2.3.2.4. Mali Acz Sebebi İle Yüklenicinin Taahhüdünü Yerine Getiremeyeceğini Yazılı Olarak Bildirmesi	57
2.3.3. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hüküm ve Sonuçları	57
2.4. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshi	58
2.4.1.Genel Olarak	58
2.4.2. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Şartları	59
2.4.2.1. Yüklenicinin Taahhüdünü İhale Dokümanı ve Sözleşme Hükümlerine Uygun Olarak Yerine Getirememesi	59
2.4.2.2. İdarenin İhtarı	61
2.4.3. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hüküm ve Sonuçları	61

2.5. Yüklenicinin Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunduğunun Tespiti	63
2.5.1.Genel Olarak	63
2.5.2. Sözleşmenin Yürütülmesi Sırasında Yüklenicinin Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunduğunun Tespiti	63
2.5.2.1. Genel Olarak	63
2.5.2.2.Şartları.....	64
2.5.2.2.1. Yüklenicinin Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunduğunun Tespit Edilmesi	64
2.5.2.2.2. Sözleşmenin Yürütülüyor Olması.....	65
2.5.2.2.3. İdarenin Fesih Beyanı	65
2.5.2.3. Hüküm ve Sonuçları	65
3. BORÇLAR KANUNDA BULUNAN YÜKLENİCİDEN KAYNAKLI SONA ERME HALLERİ	71
3.1. İfa	71
3.2. İbra	84
3.3. Yenileme	86
3.4.Takas	88
3.5.Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi	89
3.6.Kusurlu İmkânsızlık.....	90
4. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN FESİHLE SONA ERME USULÜ	92
4.1.Genel Olarak	92
4.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin İdare Tarafından Feshi	92
4.2.1.Genel Olarak	92
4.2.2. Fesih Usulü	93
4.2.3. Tebligat	96
4.3. Kamu İhale Sözleşmelerinin Yüklenici Tarafından Feshi	97
4.3.1. Genel Olarak	97
4.3.2. 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi Işığında Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshi	98

4.3.3. Kamu İhale Sözleşmelerinin İdarenin Temerrüdü Nedeniyle Sona Erdirilmesi	100
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	107
KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI	107
1. GENEL OLARAK	107
1.1. Sözleşmenin İdare Tarafından Feshedilmesinin Sonuçları.....	108
1.2.Sözleşmenin Yüklenici Tarafından Feshedilmesinin Sonuçları	110
2.TASFİYE.....	111
2.1.Yapım İşi İhalelerinde Kamu İhale Sözleşmelerinin Tasfiyesi	111
2.2.Mal Alımı İhalelerinde Kamu İhale Sözleşmelerinin Tasfiyesi	115
2.3. Hizmet Alımı İhalelerinde Kamu İhale Sözleşmelerinin Tasfiyesi	116
2.4. Tasfiyeye Uygulanacak Hükümlerin Dayanağı.....	118
3.İADE	121
3.1. Aynen İade.....	121
3.2. Bedelin İadesi	122
4. KESİN TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ	122
4.1. Genel Olarak.....	122
4.2. Kesin Teminat Olarak Kabul Edilecek Değerler	124
4.3.Sözleşmenin Feshinde Kesin Teminatın Gelir Kaydedileceği Haller	125
5. İHALEYE KATILMA YASAĞI	126
5.1. Genel Olarak.....	126
5.2. Yasaklamaya Sebep Olan Fesih Halleri.....	127
5.3. Yasaklama Usulü	128
6. ZARAR.....	130
6.1. Genel Olarak.....	130
6.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshinde Zarar Kavramı	132
SONUÇ	135
KAYNAKÇA	138

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AB.	: Avrupa Birliği
AEİK.	: Artırma Eksiltme ve İhale Kanunu
bs.	: Baskı, basım
C.	: Cilt
ED.	: Çevresel Etki Değerlendirmesi
TÜİK.	: Türkiye İstatistik Kurumu
DÜ	: Dicle Üniversitesi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
EKAP.	: Elektronik Kamu Alımları Platformu
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HAMKY	: Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliğinde
HİGŞ.	: Hizmet İşleri Genel Şartnamesi
İDT.	: İktisadi Devlet Teşekkülü
İİK.	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar
KİGT.	: Kamu İhale Genel Tebliği
KİK.	: Kamu İhale Kanunu

KİSK.	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
KİT.	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
m.	: Madde
MADMKİDY.:	Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik
MAİUY.	: Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
No.	: Numara
RG.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TK.	: Tebligat Kanunu
TMK.	:Türk Medeni Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
ÜFE	:Üretici Fiyat Endeksi
vd.	: ve devamında
vs.	: ve saire
YİBK.	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı
YİGŞ.	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi
YİİUY.	: Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği

GİRİŞ

Kamusal ihtiyaçların sağlanması hem devlet hem de vatandaşlar için büyük öneme sahiptir. Kamusal ihtiyaçlar ve kamu hizmetleri doğası gereği devlet eli ile sağlanması gereken sağlık, eğitim ve ulaşım gibi karşılanması zorunluluk teşkil eden ihtiyaçlardır¹. Kamusal ihtiyaç ve hizmetlerin çeşitliliği sağlanması konusunda alanında uzmanlaşmış kişilere veyahut yetersiz kalması halinde mal ve hizmetlerin sağlanması konularında özel kişiler aracılığı ile temin edilmesi söz konusu olmaktadır.

İdare hukukumuzun temel ilkesi gereği kamusal ihtiyaçların sağlanması maksadı ile kamu idareleri yaygın olarak tek taraflı işlemler tesis etmektedirler. Bu durum idarenin yerine getirmek ile sorumlu olduğu görevin niteliği ve gerçekleştirdiği bütün faaliyetlerin kamu yararı gayesi ile sağlanmasından kaynaklanmaktadır². Lakin kamusal ihtiyaçların devlet eli ile karşılanmasının gerekliliği, idarelerin tek taraflı işlem ile karşılanması mümkün olmayan hizmet, mal ve yapım işleri gibi alımları sağlamak maksadı ile iki taraflı anlaşmalara ihtiyaç duymasına sebebiyet vermiştir³. Bu ihtiyaçta idare hukukunda ihale ve sözleşme kavramlarının doğmasını sağlamıştır. Bu bağlamda ihale kavramı; devlet idarelerinin kamusal hizmetlerin sağlanması maksadı ile mal, yapım işi veyahut hizmet temin etme yöntemi olarak tanımlanabilir. İdarelerin gerçekleştirdiği bu ihale süreci neticesinde idare ile ihaleyi alan özel hukuk kişisi arasında düzenlenen sözleşme ise kamu ihale sözleşmesidir.

¹ Muzaffer AKDOĞAN, Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri Ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 72, Sayı 2, T. 13.06.2014, s.683-701, s.684.

² Turgut TAN, İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, 6.Bası, Ankara, 2017, s.297.

³ Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011, s.183, İsmail GİRİTLİ, Pertev BİLGİN, Tayfun AKGÜNER, İdare Hukuku, Der Yayınevi, 3.Baskı, İstanbul, Mayıs 2008, s.1012.

Hukukumuzda kamu ihalesi ve kamu ihale sözleşmesi kavramlarının yasal düzenlemeler ile tarihsel süreçte gelişimi Osmanlı dönemindeki iltizam usulüne değin dayanmakla birlikte cumhuriyet sonrası dönemde sırası ile çıkarılan 661 sayılı ‘Müzayede, Münakasa ve İthalat Kanunu⁴’, 2490 sayılı ‘Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu⁵’ ve son olarak 2886 sayılı ‘Devlet İhale Kanunu⁶’ yürürlüğe girmiştir. Lakin bu düzenlemelerin sürekli yetersizliği ve Avrupa Birliğine (AB) üyelik sürecinin hızlanması ile uluslararası hukukla uyum sağlamak maksadı ile 2002 yılında 4734 sayılı ‘Kamu İhale Kanunu⁷’ ve 4735 sayılı ‘Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu⁸’ çıkartılmıştır⁹.

Gerek ihtiyaçların karşılanmaması gerekse de çıkartılan yasaların uygulamada karışıklığa sebep olması nedenleri ile birbirini takip eden sık yasal değişikliklerinden de anlaşılacağı üzere Kamu İhale Hukuku; hukukumuz açısından eski bir kavram olmasına karşın birçok yönü ile geliştirilmesi gereken ve gelişme halinde olan bir hukuk dalıdır.

Kamu İhale Hukukunun gelişim halinde olan bir hukuk dalı olmasının yanı sıra hukukumuzda kamu ihale sözleşmelerinin idare ve özel hukuk açısından çok yönlü oluşu uygulamada birçok uyuşmazlıklara sebebiyet vermektedir. Diğer taraftan Kamu İhalelerinin gerek kamu ekonomisi açısından önemi gerekse de özel sektör ekonomisine etkisi düşünüldüğünde kamu ihale hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerin ve içtihatların önemini arttırmaktadır. Bu nedenle Kamu ihale Sözleşmelerinin sonlanma sürecinin incelenmesi büyük önem arz etmektedir.

Diğer taraftan idare ve özel hukuk sözleşmeleri dikkate alındığında kamu ihale sözleşmelerinin sözleşmenin kuruluşu, sonlanması halleri ve uygulanacak hukuksal rejim açısından farklı özelliklere sahiptir. Sözleşmenin kurulmasından önceki ihale sürecinde

⁴ Resmî Gazete T. 28.04.1925 S. 97.

⁵ Resmî Gazete T. 10.06.1934 ve S. 2723.

⁶ Resmî Gazete T.10.9.1983 ve S. 18161.

⁷ Resmî Gazete T. 22.1.2002 S.24648.

⁸ Resmî Gazete T. 22.1.2002 S. : 24648.

⁹ Harun Hakan BAŞ, Edat Yücel SEYHAN, Yargı ve Kurul Kararları Işığında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat, Beta Basım A.Ş., 1. Bası, İstanbul, Şubat 2008, s.7.

gerçekleştirilen işlemler idari işlem niteliğinde olmakla birlikte sözleşme hükümlerinin uygulanması aşaması özel hukuk alanının dâhil olduğu görülmektedir¹⁰.

Dolayısıyla kamu ihale sözleşmelerine ilişkin esasların değerlendirilmesinde kamu ihale sözleşmelerine ilişkin mevzuat, idare hukukundan kaynaklanan sözleşme mevzuatı ve Borçlar Kanunun sözleşmelere ilişkin hükümlerin bir arada irdelenmelidir.

Bu sebeple kamu ihale sözleşmelerinin yükleniciden kaynaklı sona erme nedenlerine ilişkin yapacağım bu incelemede de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri yasada bulunan sona erme sebepleri ile 6098 sayılı Borçlar Kanununda¹¹ bulunan sona erme sebepleri bir arada değerlendirilecektir.

Tezin birinci bölümünde, genel olarak sözleşme kavramı üzerinde durularak borçlar hukuku ile idare hukuku sözleşme kavramları incelenmiş ve kamu ihale sözleşmesi kavramı, tarihsel gelişimi, sözleşmenin tarafları, kuruluşu ve hukuki niteliği açıklanarak kamu ihale sözleşmesi ile ilgili genel hatları ile bilgi verilmiştir. Tezin ikinci bölümünde ise kamu ihale sözleşmelerinin yükleniciden kaynaklı sona erme nedenleri; Borçlar Kanunu genel hükümleri ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda bulunan hükümler çerçevesinde açıklanarak değinilen sonlanma nedenlerinin hüküm ve sonuçları ile fesih bildirim usulleri hakkında bilgi verilmiştir. Tezin üçüncü ve son bölümünde ise kamu ihale sözleşmesinin sonlanması halinde fesih nedenlerine bağlı olarak; sona ermenin sonuçları kapsamında tasfiye, aynen iade, teminatın gelir kaydedilmesi, yasaklama ve zarar kavramlarına ilişkin açıklama yapılarak bu kavramların uygulamadaki işleyişine değinilmiştir.

¹⁰Ali D. ULUSOY, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları,2021, Ankara, s.625; Aynı zamanda, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 2001/2801 E., 2001/4939 K. sayılı ve 01.11.2001 tarihli ilamı ile Danıştay 10. Dairesi, 2003/2683 E., 2005/1891 K. sayılı ve 20.04.2005 tarihli kararlarında bu durumu destekler niteliktedir.

¹¹ Resmî Gazete T. 4.2.2011 S. 27836.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SÖZLEŞME KAVRAMI

1. SÖZLEŞME KAVRAMI

Sözleşme kelimesi, kökenini roma hukukunda Latince akit anlamına gelen **Contractus** kelimesinden almıştır. Bu kelime zamanla türeyerek günümüz dillerine Almanca vertag, Fransızca contrat, İngilizce contract, dilimizde ise kontrat kelimeleri ile kullanılmıştır. Farklı şekillerde türemesine karşın genel anlamı ile borç doğuran hukuki işlemlerin bütünü olarak kabul edilmektedir¹².

Hukuki işlemlerin en önemlisi olan sözleşme kavramı ile taraflar kendi iradeleri ile aralarında uygulanacak olan hukuk normu ile kendi hükümlerini oluştururlar. Bu bağlamda sözleşme kavramı hukuki işlem olmasının yanı sıra hukuki bir ilişki' dir¹³. Sözleşme ilişkisinin kurulması ise sözleşmenin taraflarını oluşturan kişilerin irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olmasına bağlıdır¹⁴.

Türk Dil Kurumunun resmi sözlüğünde bulunan tanımlama çerçevesinde sözleşme; Hukuki olarak bir netice elde etmek maksadı ile birden fazla kişi veya müessesenin karşılıklı olarak ve birbirine uyacak şekildeki iradelerini beyan etmeleri ile meydana gelen işlemdir¹⁵. Söz konusu tanımlamadan da anlaşılacağı üzere sözleşme deyimi oldukça genel ve mücerret bir deyim olup hukuk sistemleri içerisinde ağırlıklı borçlar hukuku kavramı olarak değerlendirilmektedir. Ancak; bu kavram borçlar

¹² Seldağ GÜNEŞ CEYLAN, Roma Hukukunda Contractus(Sözleşme), Pactum(Anlaşma) İlişkisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt No:9, Sayı:1,2, 2004, Ankara,s.172.

¹³ Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları,14. Baskı, Ankara,2012, s.199.

¹⁴ Andreas B. SCHWARZ,, Borçlar Hukuku Dersleri 1. Cilt, Çeviren: Bülent DAVRAN, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:345, Hukuk Fakültesi No:75, Kardeşler Basımevi, İstanbul,1948, s.166; Kemal GÖZLER, İdare Hukuk 2. Cilt, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Bursa,2019, s.2 ; Hüseyin HATEMİ, K. Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2015, s.30.

¹⁵ Turgut AKINTÜRK, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta Basım A.Ş., 13. Bas., İstanbul, Eylül 2007, s.21, Sözleşme kavramının TDK da yer alan tanımı, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi:16.01.2020).

hukukunun yanında aile hukukunda, eşya hukukunda, miras hukukunda ayrıca yer almakla birlikte idare hukukunda da yer almaktadır. Bu bahisle ülkemiz hukuk sistemi açısından sözleşme kavramının çeşitliliği ve uygulanan hukuksal rejimin farklılığı sebebiyle borçlar hukuku ve idare hukuku sözleşmelerinin ayrı ayrı açıklanması daha faydalı olacaktır.

2. ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

Hukukumuz açısından sözleşme kavramının genel düzenlenmesi borçlar hukuku alanında yer almış olup 6098 sayılı TBK' nin 1. maddesinde yapılan tanımlama gereği sözleşme, *tarafların birbiri ile uyumlu ve karşılıklı olan irade beyanlarının açıklaması ile meydana gelen bir hukuki ilişki olarak tanımlanmıştır. Sözleşmeyi oluşturan tarafların eşitliğine dayalı özel hukuk sözleşmelerinde, taraflar yasalarla belirlenen sınırlar çerçevesinde aralarında gerçekleştirdikleri akdin, konusunu, maksadını, şeklini..vs. serbestçe belirleyebilmektedirler¹⁶.*

Sözleşme kavramına ilişkin yapılan tanımlamadan anlaşılacağı üzere; bir sözleşme ilişkisinden bahsedebilmek için bu ilişkinin belirli unsurları barındırması gerekmektedir. Bu unsurlar;

- Sözleşme ilişkisi içerisinde minimum iki veya daha çok kişinin bulunması,
- Tarafların karşılıklı irade beyanlarının bulunması ve
- Bu irade beyanlarının birbirine uygun olmasıdır.

Sözleşme ilişkisinin karşılıklı irade beyanları ile kurulduğunu belirtmiştik¹⁷. Bu irade beyanları öneri(icap) ve kabul beyanlarıdır. Öneride bulunan kişi(icapçı) sözleşme ilişkisi kurmak maksadı ile sözleşmenin esas unsurlarını barındıran ve bağlanma iradesi taşıyan irade beyanının muhatabı(kabulcü) tarafından kabul edilmesi üzerine sözleşme ilişkisi kurulur. Özel hukuk sözleşmelerine ilişkin olarak genel düzenleme Borçlar Kanununda yapılmış olmasına karşın özel hukuk sözleşmeleri hukuk alanlarına göre kişiler hukukundan kaynaklı sözleşmeler, eşya hukukundan kaynaklı sözleşmeler, aile

¹⁶ A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, Turban Kitapevi, 8.Bası, Ankara, Kasım 2011, s.470.

¹⁷ Turgut AKINTÜRK, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, s.23.

hukukundan kaynaklı sözleşmeler, miras hukukundan kaynaklı sözleşmeler ile borçlar hukukundan kaynaklı sözleşmeleri olarak ayrılmış olup çeşitlilik göstermektedir.

3. İDARE HUKUKU SÖZLEŞMELERİ

3.1. Tanımı, Unsurları ve Niteliği

Kamusal ihtiyaçların devlet eli ile karşılanmasının gerekliliği, idarelerin tek taraflı işlem ile karşılanması mümkün olmayan hizmet, mal... vs. alımlarını sağlamak maksadı ile iki taraflı anlaşmalara ihtiyaç duymasına sebebiyet vermiştir. Bu sebeple idare hukukunda sözleşme kavramı doğmuştur. Sözleşme kavramı hukuk düzenlerinde hukuk alanlarına bağlı olarak farklı hukuki rejimlere tabi olmakla birlikte idare hukukumuzun Fransız idare hukukunu örnek almış olması sebebi ile idarelerin yapmış olduğu sözleşmeler açısından da idare hukukumuzda Fransız hukukunun etkisi bulunmaktadır. Fakat idare hukukumuzda idari sözleşmelerinin hukuk düzenine yerleşmesi, uygulanacak hukuk rejiminin belirlenmesi, niteliği ve kavramsal açıklanması ağırlıklı olarak yargı kararları çerçevesinde ve kısmen de getirilen yasal düzenlemeler ile gerçekleşmiştir¹⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere; kamu hukuku dalı olan idare hukukunda idarenin kamu hizmetlerinin sağlanması maksadı ile tek taraflı işlem tesis edebilir olmasına karşın sözleşmeler iki veya daha çok kişinin bir araya gelmesi ile kurulmaktadır. Bu yönü ile sözleşmelerde idarenin tek taraflı işlemlerinden çok farklı bir hukuki rejim uygulanmaktadır¹⁹. Bunun yanı sıra idari sözleşmelerinin uygulanması esnasında kamu yararı gözetilmesi gerektiğinde özel hukuk sözleşmeleri yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle idare hukukumuzda özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmeler iki ayrı kavram olarak değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda idare hukukunda yapılan düzenlemeler ve yargı kararları ışığında sözleşme kavramı; belirli bir hukuki netice meydana getirmek maksadı ile idare ve özel

¹⁸ Sezin ÖZTOPRAK, İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları, Selçuk Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Doktora Tez Çalışması/Danışman: Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK), Konya,2019, s.6.

¹⁹ Kemal GÖZLER, Gürsel KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 21.Baskı, Bursa, 2018, s.419.

hukuk kişilerinin bir araya gelerek birbiri ile uyumlu karşılıklı irade beyanları ile kurulan sözleşmedir²⁰. Akdin kurulmuş sayılması karşılıklı ve birbiri ile uyumlu irade beyanlarına bağlıdır. Dolayısı ile idare hukuku sözleşmeleri; açıklanan irade beyanının birden çok olması ve irade beyanlarının karşılıklı olması sebebi ile idarenin tek yanlı işlemlerinden ayrılmaktadır.

3.2. İdari Sözleşmeler ve İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri Ayrımı

Günümüzde idareler hem özel hukukta yer alan kişiler ile hem de kamu kuruluşları ile özel ve kamu hukuku sözleşmeleri yapmakta ve yapılan bu sözleşmelere genel olarak ‘idare sözleşmeleri’ denilmektedir²¹. Bu durum idarenin yapmış olduğu sözleşmelerin hangi hukuk disiplini bağlı olduğu ve bu sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklarda hangi yargı kolu mahkemelerinin görevli olduğunun ayırt edilerek tespiti noktasında büyük önem arz etmektedir²². İdari yargının kuruluş amacı dikkate alındığında idarenin eylem ve işlem gibi idare sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü de idari yargı kolunun görev alanına girmektedir²³. Fakat bazı durumlarda idarenin gerçekleştirdiği özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda görevli yargı kolu adli yargı koludur. Bu bağlamda idarelerin yapmış olduğu sözleşmeler iki ana kola ayrılarak değerlendirilmektedir.

Bunlardan ilki idare hukuk kurallarının söz konusu olduğu ve uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde görüldüğü idari sözleşmelerdir. İdari sözleşmelerine ilişkin olarak *‘sözleşmeye ait idarelerin kamu yararı düşüncesi ile doğan önceliği ve imtiyazları olması nedeni ile idari sözleşmelere uygulanacak hüküm ve şartların, özel hukuk akitlerine uygulanacak hüküm ve şartlardan ayrı olduğu’* belirtilmiştir²⁴. Genel ve kesin kabul

²⁰ GÖZLER, İdare Hukuku 2. Cilt, s.2; Bahtiyar AKYILMAZ, Murat SEZGİNER, Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, 2020, s.466.

²¹ GÖZLER, İdare Hukuku Cilt 2, s.8; TAN, İdare Hukuku, s.300; Ramazan ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 7.Baskı, İstanbul, Ağustos 2019, s.439.

²² ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, s.439; GÜNDAY, İdare Hukuku Dersleri, s.184; GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, İdare Hukuku, s.1013.

²³ Gürsel KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Bas., 7. Baskı, Ekim 2020, s.46.

²⁴ Uyuşmazlık Mahkemesinin, 1999/27 E, 2000/11 K sayılı ve 12.06.2000 tarihli kararında; *‘...İdare, tıpkı özel hukuk kişileri gibi özel hukuk sözleşmeleri yapabildiği gibi; kamusal yetkisinin verdiği üstünlük ve ayrıcalıklara dayanarak, konusu, hüküm ve koşulları bakımından özel hukuk sözleşmelerinden farklı olan*

görecek şekli ile idari sözleşmeler; kamu idaresinin idare hukuku kurallarına göre yapmış oldukları sözleşmeler olup idare hukuku kurallarına tabidirler²⁵. Bu bağlamda idarenin yapmış olduğu sözleşmeler bakımından idari sözleşmeler idari yargı koluna tabi sözleşmelerdir. İdari sözleşmelerde idareler tek taraflı olarak kendiliğinden hareket etme ve doğrudan doğruya yerine getirme yetkilerine sahiptirler²⁶. İdari sözleşmelerde idarelere tanınan bu ayrıcalık ve yetkiler sözleşmeden önce olabileceği gibi sözleşme sonrasındaki herhangi bir aşamada da söz konusu olabilmektedir²⁷. Ancak aynı zamanda idareler, abonman sözleşmeleri gibi özel hukuk sözleşmelerinde sunulan kamu hizmetinden faydalanmak isteyen ve gerekli koşulları sağlayan herkes ile sözleşme yapmak mecburiyetindedir²⁸. Bu durumdan yola çıkarak değineceğimiz ve idarelerin yapmış olduğu diğer sözleşme türü idarelerin gerçekleştirdiği özel hukuk sözleşmeleridir.

İdarelerin gerçekleştirdikleri özel hukuk sözleşmeleri; özel hukuk kurallarının uygulandığı ve sözleşme sebebi ile meydana gelen uyuşmazlıklara adli yargı mahkemelerinin bakmakla görevli olduğu sözleşmeleridir. İdarenin özel hukuk normlarına göre gerçekleştirdikleri sözleşmeler; özel hukuk gerçek veya tüzel kişileri ile gerçekleştirilmekte ve bir kamu hizmetinin yürütülmesini değil, kamu hizmetinin devamını sağlamayı amaçlamaktadır²⁹. Bu sözleşmelerde taraflardan biri olan idarenin sözleşmenin diğer tarafına karşı üstünlüğü veyahut ayrıcalığı bulunmamaktadır³⁰.

sözleşmeler de yapar ki, idare hukuku esaslarına tabi bulunan bu sözleşmeler "idari sözleşme" olarak adlandırılırlar. İdarenin, genel ehliyetini kullanarak sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliği gözetilerek gerçekleştirdiği sözleşmelerin tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olması ve dolayısıyla bunların yargısal denetiminin adli yargı yerlerince yapılmasına karşılık; 2577 sayılı Yasanın idari dava türlerinin sayıldığı 2/1-c. maddesinde ifade edildiği üzere "genel hizmetlerden birinin yürütülmesi" amacıyla ve kamusal nitelikte üstün hak ve yetkilere dayanarak yaptığı idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde ise idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır...'. Erişim sağlanan web adresi: <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/c3949ce8-5990-464b-803b-42a9b47776eb?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> ,Erişim Tarihi:03.02.2020

²⁵ Ali Rıza YÜCEL, İdari Sözleşmeler ve İmtiyaz Sözleşmeleri, Türkiye Mühendislik Haberleri Sayı 439-440 - 2005/5-6, s.73; Duygu KILIÇ, Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Ekim 2010, s. 149.

²⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, s.470.

²⁷ Murat SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, Kasım 2013,s.824.

²⁸ GÖZÜBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, s.470; Gürsel KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Bas., 7. Baskı, Ekim 2020, s.96.

²⁹ Ahmet NOHUTÇU, İdari Yargı, Savaş Yayınevi, 8.Baskı, Ankara, 2013,s.120-121.

³⁰ TAN, İdare Hukuku, s.302.

Hukukumuzda idari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmelerinin ayrımında kanuni ve içtihadı kriterlere bakılarak idari akitler ile idarenin özel hukuk akitleri bir arada değerlendirildiğinde bu sözleşmeleri arasında farklılıkların olduğu anlaşılabacaktır.

Kanuni (teşrii) kriter; yasama tarafından çıkarılacak bir yasa ile idarenin yapacağı sözleşmeler arasında idare hukuk hükümlerinin uygulanacağı ve idari yargı koluna tabi olacak idari sözleşmeler veyahut özel hukuk hükümleri ile adli yargı koluna tabi olacağı yönünde idarenin özel hukuk sözleşmelerine yapılan nitelendirmedir. Hukukumuz da kanuni kriter; genel anlamı ile kabul edilmekle birlikte tam anlamı ile bir ayırım yapılmasına olanak tanımamaktadır. Buna örnek olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunumuzun ³¹ idari yargı kolunun görevine ilişkin olarak; herhangi bir kamu hizmetinin yürütülmesi maksadı ile yapılan idari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar tahkim yolu ile uyuşmazlığın giderileceği belirlenen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hariç olmak üzere idari yargı kolunda görüleceği belirtilmiştir. Bu nedenle yasada belirtilmeyen hallere ilişkin olarak idari sözleşmeler ile idare tarafından yapılan özel hukuk sözleşmeleri arasında ayırım açısından sözleşmenin mahiyeti yönünden değerlendirme yapılarak belirlenmesi gerekmektedir ³². Sözleşme mahiyetine ilişkin değerlendirme noktasında ise içtihadı kriterlere bakmakta fayda vardır.

İçtihadı kriterler;

- Sözleşmenin taraflarından biri mutlaka idare- kamu tüzel kişisi olmalı,
- Sözleşme konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olmalı ve
- Kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklı olarak idareye özel hukuku aşan üstün yetkiler tanınmış olmasıdır³³.

³¹ Resmî Gazete T. 20/1/1982 S. 17580.

³² GÜNDAY, İdare Hukuku Dersleri, s. 185.

³³ Bu yönde Danıştay 8. Dairesi, 1999/2852 E, 1999/1752 K sayılı ve 13.12.1999 tarihli ilamında; '....Dosyanın incelenmesinden, davacının 1.5.1998-31.12.1998 tarihleri arasında Ticaret odasının Mali Müşavirliği kadrosuna sözleşmeyle atandığı, Mali Müşavirlik kadrosunun, odanın kadro cetvelinden 25.12.1998 gün ve 41 sayılı Oda Meclisi kararı ile çıkartıldığından sözleşmesinin uzatılmadığı anlaşılmaktadır.

Bir sözleşmenin "idari sözleşme" niteliğinde olabilmesi için bir idarenin kamusal yetkilerine dayanarak hazırladığı ve kendisine üstünlük ve ayrıcalık tanıyarak sürekli bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olarak düzenlenen sözleşmeler olması gerekmektedir.

Kanuni ve içtihadı kriterlerin bir arada değerlendirilmesi sonucu idari sözleşmeleri; *'yasa ile idari sözleşme olduğu belirlenen sözleşmeler veya sözleşme taraflarından birinin mutlaka kamu tüzel kişisi olduğu ve sözleşme konusunun kamu hizmetinin sağlanması olan veya özel hukuk normlarının üstünde hükümler yer aldığı sözleşmeler'*³⁴ şeklinde yasal düzenlemeye veya mahiyetine göre değerlendirilerek tespit etmekte fayda vardır. Söz konusu kriterlere bağlı olarak idari sözleşmelerin belirlenmesinde kolaylık sağlamak ile birlikte idarenin özel hukuk sözleşmelerinden kesin ve net bir şekilde ayrılmamaktadır³⁵. İdare hukukumuz çerçevesinde idari sözleşme olarak kabul edilen sözleşmeler;

- İmtiyaz Sözleşmeleri,
- Müşterek Emanet Sözleşmeleri,
- Kamu İstikraz(Borçlanma) Sözleşmeleri,
- Mali İltizam Sözleşmeleri,
- İdari Hizmet Sözleşmeleri,
- Yer altı ve yerüstü zenginliklerinin işletilmesi sözleşmeleridir.

İdari sözleşmeler için saydığımız kriterlerden yola çıkılarak bu kriterleri taşımayan fakat sözleşme taraflarından birinin mutlaka kamu tüzel kişisi olan sözleşmelere idarenin gerçekleştirdiği özel hukuk sözleşmeleri olarak ifade edebiliriz³⁶. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde genellikle Borçlar ve Ticaret Kanunu hükümlerinin yer aldığı özel hukuk

Dava konusu olayda, belirtilen mevzuat hükümleri uyarınca davalı idarenin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olmakla, kamu hizmeti yürüttüğü, davacının kadro karşılığı olarak sürekli bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bir görev karşılığında, koşulları idarece belirlenen bir sözleşme imzalandığı açık olduğundan yapılan sözleşme idari bir sözleşme niteliğindedir.

Bu durumda davanın görüm ve çözümü idari yargı yerlerinin görevinde olup aksi yöndeki idari mahkemesi kararında yasal isabet bulunmamaktadır...'. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi 1994/43 E., 1994/42-2 K sayılı ve 09.12.1994 tarihli kararında; '.... Yönetmelik sözleşmenin koşulları olan;

"a) Sözleşmenin taraflarından birisinin yönetim olması,

b) Sözleşmenin, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olması,

c) Yönetim, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması" hallerinin her üçü de....' Şeklinde idari sözleşmelerin kriterlerine ilişkin içtihadı kriterlere değinmişlerdir.

³⁴ GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt 2, s.34; Oğuz SANCAKDAR, Eser US, Mine KASAPÖĞLU, TURHAN, Lale Burcu ÖNÜT, Serkan SEYHAN, İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, Ekim 2017, s.524.

³⁵ Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları,3.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul,1966, s.1595.

³⁶ GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt 2, s.49.

kuralları geçerli olmakla birlikte bu sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler adli yargı koluna tabidir³⁷. Hukuk sistemimizde idarenin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmeleri³⁸;

- İhale Sözleşmeleri
- Su, Doğalgaz, Elektrik, Telefon Abonman Sözleşmeleri
- İdarenin taraf olduğu Kira Sözleşmeleri,
- İdarenin taraf olduğu Satım Sözleşmeleri,
- Öğrencilere verilen Burs ve Kredi Sözleşmeleri,
- Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri(1999 itibari ile) ve
- Yap-İşlet Sözleşmeleri(2006 itibari ile) dir.

4. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

4.1. Genel Olarak

4734 sayılı Kanun 4. maddesinde yapılan düzenleme çerçevesinde kamu ihale sözleşmesi; kamusal ihtiyacın niteliğine bağlı olarak yapım işi, mal ve hizmet alımına ilişkin olarak idare tarafından başlatılan ihale süreci neticesinde idarenin ihaleyi kazanan yüklenici ile yazılı olarak yaptığı anlaşmadır. Her ne kadar yasal düzenleme ile bu şekilde bir tanımlama yapılmış olsa da doktrin açısından kamu ihale sözleşmelerinin tüm unsurlarını kapsayacak şekilde bir tanım bulunmamaktadır³⁹.

Kanun hükmünde bulunan tanımlama haricinde detaylı bir kavram açıklaması maksadı ile ihale kavramının üzerinde durulmalıdır. KARAHANOGÜLLARI' na göre hukukumuzda ihale; *'idarenin sözleşme iradesini oluşturmada uymak zorunda olduğu idari yöntemdir'*⁴⁰. Kamu ihale hukuku açısından ihale; *kamu kuruluşlarının görevleri dâhilindeki hizmetleri yürütmek amacı ile 4734 sayılı Kanun ile belirlenen esaslara uygun*

³⁷ NOHUTÇU, İdari Yargı, s.120-121.

³⁸ GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt 2, s.49.

³⁹ Dilek BİLİR, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara Üniversitesi SBE, (Yayınlanmamış Doktora Tezi),Ankara,2010,s.13; Dursun Ali DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Yetkin Yayınları,2013,Ankara,s.29.

⁴⁰ Onur KARAHANOGÜLLARI, “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, cilt 7, sayı 1, (1998), sayfa 104-109

*şekilde mal, hizmet alımı ve yapım işlerine iştirak eden istekliler arasından en uygun teklifi sunan kişi tarafından sağlanması maksadı ile seçilmesi ve ihale yetkililerin onayını takiben sözleşme imzalanması ile tamamlanan süreçtir*⁴¹.

Bilindiği üzere; genel anlamı ile bir sözleşmenin kurulması maksadı ile aranan uygun ve karşılıklı irade beyanın gerçekleşmesi için taraflardan birinin öneri(icap) de bulunması karşı tarafın bu öneriyi kabul etmesi gerekmektedir. İhale sürecinin sözleşme hukuku açısından değerlendirilmemiz gerekirse; kamu kurumu tarafından ihalenin ilan edilmesi ‘icaba davet’, ihaleye katılan isteklilerin teklif sunması ‘icap’ ve en uygun teklifi sunan isteklinin ihaleyi alması üzerine idarenin istekliyi sözleşmeye yapmak üzere daveti ‘kabul’ anlamına gelmektedir⁴².

Kamu alımlarına ilişkin yapılan bu sözleşmeler Resmi Gazetede(RG) yayımlanan tip sözleşmeler esas alınarak hazırlanmaktadır⁴³. 4735 sayılı Kanun ile ihale sözleşmelerine uygulanacak hukuk disiplini ve görevli yargı kolunun tespiti maksadı ile bir takım hükümlere yer vermiştir. Söz konusu hükümlerde, sözleşme taraflarının eşit olduğu ve hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilerek kamu ihale sözleşmelerinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna işaret etmektedir. Fakat sözleşme imzalanmadan önceki ihale sürecinde idare hukuku kurallarına bağlı olarak gerçekleştirilen idari işlemler ile yükleniciye yönelik olarak gerçekleştirilen yasaklama ve para cezası gibi tek taraflı idari müeyyideleri uygulayabileceği ve bu idari işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların idari yargının görev alanında olduğu sabittir. Bu husus ile ilgili olarak Uyuşmazlık Mahkemesi hukuk bölümünün 2019/859 E., 2020/62 K. sayılı ve 24.02.2020 tarihli kararında; ‘4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun kamu hukukunu ilgilendiren yasalar olması nedeniyle, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme

⁴¹ İhale terimleri sözlüğü; <https://www.kikkararlari.com/3640-96/ihale-terimleri-sozlugu.html> E. T. : 03.02.2020

⁴² Abdullah UZ, İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri’, Turhan Kitapevi, 2010,Ankara, s.11; Aynı yönde; DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi, s.31.

⁴³ GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, İdare Hukuku, s.1036.

hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise sözleşme ve özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmekte ise de, sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idarî işlemlerin iptali istemiyle açılan veya bu nitelikteki idarî işlemler nedeniyle doğan tazminat istemleri nedeniyle açılan davaların da idarî yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerektiği tartışmasız⁴⁴, olduğu belirtilmiştir. Bu durumda kamu ihale sözleşmelerini her özel hukuk sözleşmesi gibi değerlendirmek doğru değildir. Kamu alımına ilişkin yapılan bu sözleşmeler; hukuksal niteliği gereği özellik arz eden ve özel hukuk ve kamu hukuku normlarının bir arada harmanlanarak değerlendirilmesini gerektiren kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilmelidir.

Yukarıda değinilen hususlardan yola çıkılarak kamu ihale sözleşmelerinin en genel tanımı ile kamusal ihtiyaçların karşılanması maksadı ile mevzuat dâhilinde belirlenen kamu alım süreci sonunda idare ile özel hukuk şahısları arasında yapılan tedarik sözleşmeleridir⁴⁵.

4.2.Kamu İhale Sözleşmesinin Tarihsel Gelişimi

Tarihsel sürece bakıldığında kamu hizmetlerin sağlanması için ihale her dönemde kullanılan bir yöntem olmuştur ⁴⁶. Hukukumuz açısından kamu ihalelerine ilişkin düzenlemeler Osmanlı dönemine kadar dayanmakta olup 17.yüzyılda uygulanan iltizam usulü bunun ilk örneğini oluşturmaktadır. Daha sonrasında 1857 yılında çıkarılan

⁴⁴ Aynı yönde verilmiş olan emsal nitelikteki diğer kararlar; Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 20/02/2017 tarihli ve E.2016/91, K.2017/3 Sayılı kararı, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 20/02/2017 tarihli ve E.2016/91, K.2017/3 Sayılı kararı ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin e E.-K.2014/671-890; 04/06/2013 tarihli ve E.-K.2013/394-881; 16/06/2003 tarihli ve E.-K.2003/47-51 Sayılı kararları, Erişim sağlanan web adresi: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/umh-2019-859.htm>, Erişim Tarihi: 13.01.2022.

⁴⁵ Vedat BUZ, 'Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları', Yetkin Yayınları,2007, Ankara, s.67.

⁴⁶ Ozan CAN, 'Kamu İhale Hukuku' Turhan Kitabevi, 2. Baskı, 2019, Ankara, s.5.

Nizamname ve buna ilişkin kararnameler hukuksal anlamda il düzenlemeleri oluşturmaktadır⁴⁷.

Cumhuriyet sonrası dönemde ise 22.04.1925 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 661 sayılı ‘‘Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu’’ esas alınarak ihaleler gerçekleştirilmiştir. 661 sayılı Kanun kamu kurum ve kuruluşlarının gerçekleştirilmesi gereken tüm satın alma, kira, satış, inşaat... vs. işleri sayılmış olup 26 maddeden oluşmaktadır. 661 sayılı Kanun üzerinde; 1926,1928 ve 1929 yıllarında çeşitli değişiklikler yapılmış fakat ihtiyaçları karşılamaması sebebi ile 02.06.1934 tarihinde 2490 sayılı ‘‘Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu’’ çıkarılmıştır.

İhale hukukumuz açısından en uzun süre yürürlükte kalmış olan bu Kanun, aynı zamanda en az değişikliğe uğrayan ihale kanundur⁴⁸. Fransa ihale mevzuatından uyarlanan 2490 sayılı Kanun idarenin satın alma işlerinde eksiltme, satış işlerinde ise artırma esasları ile rekabet ortamı oluşturmakta olup devletçilik politikasını benimsemiştir.

İlerleyen zamanda 2490 sayılı Kanunun karışıklığı sebebiyet verecek prosedürler içermesi, Kanunun günün koşullarına uyumsuz ve yetersiz kaldığından bahisle 08.09.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu çıkartılmıştır⁴⁹. Alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işlerini kapsayan bu kanun ihale hukukuna ilişkin önceki yasal düzenlemeler ile benzer şekilde hem kamu alımlarını hem de kamu satışlarını düzenlemiştir⁵⁰. Lakin hem kamu alımı hem de kamu harcamaların bir arada olmasının uygulamaya sorunlara sebebiyet vermesi ve AB’ ye üyelik sürecinin hızlanması ile AB hukukuna uyum sağlamak maksadı ile 2002 yılında 4734 sayılı ‘Kamu İhale Kanunu’ ve 4735 sayılı ‘Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’ çıkartılmıştır⁵¹.

⁴⁷ CAN, ‘Kamu İhale Hukuku’, s.5.

⁴⁸ Muzaffer AKDOĞAN, Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri Ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi, s.690.

⁴⁹ DEMİRBOĞA, ‘Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi’, s.36.

⁵⁰ Muzaffer AKDOĞAN, Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri Ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi, s.691.

⁵¹ Esra DOĞAN, Kamu İhale Konusunda Birincil ve İkincil Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Hukuku Uygulamaları, İstanbul Ticaret Odası Yayınları-Mevzuat Etütleri, Yayın No:2010-95, İstanbul, 2011, s.31-79, s.33 ve s.76.

2002 yılında çıkartılan 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar; gerek hızlı bir şekilde çıkartılması gerekse de kavram karışıklıkları sebebi ile eleştirilmiştir. Bu kapsamda 4761,4964 ve 5812 sayılı Kanunlar ile bir takım değişiklikler yapılarak sorunlar giderilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte hukukumuz açısından değerlendirme yapmak gerekirse 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar mevzuatımız dâhilinde kamu ihale hukukuna ilişkin olarak son ve güncel düzenlemedir.

4.3.Kamu İhale Sözleşmelerinin Tarafları

4.3.1. İdare

Genel anlamı ile idare; belli bir gayenin meydana gelmesi için kurulmuş olan örgüt ya da bu gayeye erişmek üzere gerçekleştirilen düzenli insan etkinliğidir⁵². Fonksiyonel anlamı ile devletin kendine özgü amaçlarına erişmek adına yerine getirdiği faaliyetlerin tümüdür⁵³. Bu bağlamda idare kavramı hem örgütü hem de örgütün faaliyetlerini kapsayan bir oluşumdur⁵⁴. İdare, insan faaliyetlerinin bulunduğu her yerde bulunmakla birlikte hem özel hukuk(dernek, şirket ve vakıf gibi) idareleri hem de devletin idaresi olan kamu idaresi olarak farklılık göstermektedir. Fakat çalışma konumuz içerisinde değindiğimiz idare kavramı gerek idare hukuku gerekse de kamu ihale mevzuatımız çerçevesinde kamu ihale sözleşmelerinin tarafı olarak nitelendirilen idare kavramı, devletin ve devlet örgütleri kapsamındaki kamu idareleri olarak değerlendirilmektedir.

4734 sayılı Kanunumuz kapsamında idare kavramı; genel anlamı ile devleti ifade eden idare kavramı olarak değil ihale yapmaya yetkisi olan idare kavramı üzerinde durularak, *‘İhaleyi gerçekleştiren 4734 sayılı Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar.’* şeklinde tanımlanmıştır.

⁵² A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, 13.Baskı,1999, s.1; GÖZLER, KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, s.9.

⁵³ Adalet Bakanlığı, İdare Hukuku Ders Notları, Erişim Sağlanan web adresi: <https://edb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/266202015435213-%C4%B0DAREHUKUKU.pdf> , E.T:03.02.2020.

⁵⁴ GÖZLER, KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, s.9.

Kamu ihale sözleşmelerinin tarafı olarak idare kavramı, ihaleyi gerçekleştiren ve 4734 sayılı Kanun dâhilindeki kamu kurum ve kuruluşları kastetmekte olup söz konusu kurumlar;

- Genel bütçedeki idareler ile özel bütçesi bulunan, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayesi olan kuruluşlar, birlikler (meslekî faaliyet gösteren kuruluşlar ile bunlara ait üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.
- Kamu iktisadi kuruluşları ile İDT’ den oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.
- Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel yasalarla kurularak kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yükseköğretim kurumları hariç) ile bütçesi bağımsız olan kuruluşlar. Odalar ve borsalar, bankalar ile özel üniversiteler de bu kapsam haricinde bırakılmıştır⁵⁵.

4.3.2. İstekli-Yüklenici

Kamu ihale Kanunumuzda, idare ile yapılan ihale sözleşmelerinde idarenin karşı tarafı olarak bulunan sözleşme tarafının ihale aşamalarına göre sınıflandırılmıştır. Bu bağlamda ihaleye katılabilecekler istekli olabilecekler, ihaleye katılanlar istekli ve ihale süreci sonunda ihale sözleşmesini imzalayan yüklenici kavramlarına yer vermiştir.

Bu sınıflamaya bağlı olarak 4733 sayılı Kanunun 4. maddesinde belirtildiği üzere; istekli olabilecek kişi; *‘idare tarafından gerçekleştirilen ihalelere konu işlerde faaliyetleri olan veya ihale dokümanını satın almış olan kişiyi ifade etmektedir.’* İstekli olabilecek kişi; kanun ile belirlenen ihale konusu işlerde faaliyet gösterme ve ihale dokümanını satın alma koşullarını bir arada sağlamak mecburiyetindedir⁵⁶. Kanun düzenlemesinde değinilen bir diğer husus ise istekli olabilecek kişinin hem gerçek hem de tüzel kişi olabileceği gibi bu kişilerin oluşturduğu ortak bir girişimde olabileceğidir. İstekli kavramı ise yine 4734 sayılı Kanunun 4. maddesinde belirtildiği üzere; *‘Konusuna bağlı olarak*

⁵⁵Mustafa Oğuz TUNA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE,Yüksek Lisans Tezi,İstanbul,2013 (Yrd. Doç. Dr. Ömer ÇINAR), s.29.

⁵⁶ Murat APAGİRLİ, ‘İhale Hukukunda İstekli Kavramı’, Mali Hukuk Dergisi, Sayı:165, 2013 Mayıs-Haziran Dönemi, s.1., Erişim sağlanan web adresi <https://docplayer.biz.tr/9317493-Ihale-hukukunda-istekli-kavrami.html> E. T.: 12.02.2020

yapım işine teklif veren istekli yapım müteahhidi, mal alımı ihalesinde teklif veren tedarikçi ve hizmet alımı ihalelerine teklif veren istekli ise hizmet sunucusudur.”

4734 sayılı Kanunda yapılan ihale konusuna göre teklif veren istekliler için yapılan tanımlamadan anlaşılacağı üzere; kamu ihalesinin konusuna göre ihaleye teklif veren istekliler için ayrı ayrı isimlendirme yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda konusu mal alımı olan kamu ihalelerine teklif sunan gerçek ya da tüzel şahıslar veya ortak girişimlere tedarikçi ve konusu yapım işi olan ihalelere teklif veren isteklilere ise yapım müteahhidi denilmektedir. Son olarak hizmet alımı ihalelerine teklifte bulunan isteklilere hizmet sunucusu denilmekle birlikte ayrıca konusu danışmanlık hizmetinin sağlanması olan ihalelerdeki hizmet sunucularına ilişkin olarak danışman kavramına yer verilmiştir⁵⁷.

4735 sayılı Kanunda hizmet sunuculuğunun özel bir hali olarak düzenlenen danışman kavramı; bilgi ve tecrübesini idarenin menfaati adına kullanan, danışmanlığını gerçekleştirdiği işin yüklenicileri ile herhangi bir ilişki içinde olmayan, idareye vermiş olduğu danışmanlık hizmetinin karşılığı olan tutar haricinde idareden hiçbir suretle gelir sağlamayan kişiler için kullanılmaktadır.

4734 sayılı Kanundaki tanımında da belirtildiği üzere istekli kamu ihalesine teklif veren kimsedir. Bu bahisle kamu ihale sözleşmesinin tarafını belirtmekte istekli kavramı yetersiz kalmaktadır. Zira kamu ihalesine teklif veren birden fazla kişi söz konusu olmakla birlikte sözleşmenin tarafı olacak kişi katılan istekliler arasından ihale uhdesinde kalan kişidir. Bu bahisle kamu ihale sözleşmesini akdeden ve sözleşmenin tarafı olan istekli yasada yüklenici olarak isimlendirilmiştir. Bu bağlamda yüklenici; ihale süreci tamamlandıktan sonra; verilen ihale kararı ile ihalenin uhdesine bırakılan ve idare ile sözleşme imzalayan isteklidir.

4.4. Kamu İhale Sözleşmelerinin Konusu

Kamu ihale sözleşmeleri 4734 sayılı Kanunda belirtildiği üzere 3 temel konu üzerinde oluşmaktadır. Bunlar; mal alımları, yapım işleri ve hizmet alımlarından meydana gelmektedir.

⁵⁷ Mustafa Oğuz TUNA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri, s.30.

4734 sayılı Kanunun 4. maddesinde yapılan tanımlama çerçevesinde mal; *İhaleyi gerçekleştiren idare tarafından satın alınacak kamusal ihtiyaç olan tüm madde, eşya, taşınır veya taşınmazlar ile haklardır*. Kanundaki tanımlamadan anlaşılacağı gibi mal alımı sözleşmelerinin konusunun herhangi bir taşınır ve taşınmaz mal olabileceği gibi herhangi bir hakkın alınması olarak karşımıza çıkabilmektedir

Aynı şekilde 4734 sayılı Kanunun 4. maddesinde yapılan tanımdan yola çıkılarak yapım işi sözleşmelerinin konusu; *Bina, haberleşme ve enerji nakil hattı, karayolu, otoyol, demiryolu, metro, rıhtım, havalimanı, viyadük, tersane, alt yapı, liman, tünel, köprü, spor tesisi, boru iletim hattı, dekapaj, enerji santrali, sulama tesisi, rafineri tesisi, baraj, taşkın koruma ve toprak ıslahı gibi tüm inşaat işleri ve bu işlerle bağlı tamamlama, güçlendirme imalat, tesisat, nakliye, büyük onarım, ihzarat,, çevre düzenlemesi, montaj işleri, restorasyon, sondaj, ve yıkma ile benzeri yapım işleri...*gibi çeşitli inşaat işlerinin yüklenici tarafından yapılmasından oluşmaktadır.

Hizmet alımı sözleşmelerinin konusu ise yine 4734 sayılı Kanunun 4. maddesinde belirtilen hizmet tanımından da anlaşılacağı üzere; *Bakım ve onarım, sigorta, taşıma, danışmanlık, tanıtım, haberleşme, film, araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, meslekî eğitim, muhasebe, , koruma ve güvenlik, fikrî fotoğraf, ve güzel sanat, yazılım hizmetlerini, bilgisayar sistemleri için gerekli hizmetler ile, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetlerinin sağlanmasıdır*.

4.5. Kamu İhale Sözleşmelerinin Türleri

Kamu ihale sözleşmeleri, niteliğine ilişkin öğelerin haricinde, biçim ve teklif sunma konuları göz önünde bulundurularak beşe ayrılmaktadır. Bu ayrım, alım konusunu dikkate alması nedeniyle, farklı tip sözleşmelere konu olmuştur.

4.5.1. Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşme

4735 sayılı Kanununun 6.maddesinde yapılan tanımlama gereğince; *Yapım işi ihalelerinde teklif sunan isteklilerin uygulama projeleri ve bunlara ait mahal listelerine*

*bağlı şekilde ihale konusu işin tümüne sunduğu toplam teklif tutarına bağlı olarak tanzim edilen ihale sözleşmeleri, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeleridir*⁵⁸. Bu sözleşmelerde önemli olan toplam bedel olduğundan yapım işinin içerisinde bulunan kalemlerin ayrı ayrı fiyatları idare tarafından önem arz etmemektedir⁵⁹.

Bu bağlamda yapım işlerinde önem verilen husus pursantaj cetvelleridir. Pursantaj cetveli, yapım işlerindeki kalemlerin tek tek fiyatları üzerinden değil, sözleşmede bulunan işin yapılan kısmının yüzdelik oranın belirlenerek hak edişin hesaplanmasını sağlamaktadır. Bu durumda önem arz eden diğer bir husus ise pursantaj kayıtları var olan sözleşmeye ve projeye göre oluşturulmakta olup 4734 sayılı Kanununun 62. maddesinde belirtildiği üzere; *uygulama projesinin yer aldığı yapım işi ihalelerinde idarelerin anahtar teslimi götürü bedel sözleşmesi olarak teklif alacak şekilde ihaleye çıkması mecburidir*. Fakat madde hükmü devamında anahtar teslimi götürü bedel sözleşmesi düzenlenemeyecek haller sayılmıştır. Bu haller;

- Doğal afetler nedeni ile uygulama projesi yapılmasına yetecek sürenin bulunmadığı yapım işleri: 4734 sayılı Kanununun 21'inci maddesinde öngörülen “doğal afetler” nedenine bağlı olarak ivedilikle yapılması gereken ihalelerde ön veya kesin proje üzerinden birim fiyat sözleşme veya vasfına bakılarak karma sözleşme uygulanır.
- İhaleye konu olan işin orijinal olması durumunda teknik ve mali niteliklerine göre gerekli özelliklerin tespit edilemediği hallerde ön veya kesin proje ile ihaleye çıkılabilir.
- Yapım işlerine konu olan tüm onarma işleri birim fiyat sözleşmesi olarak yaptırılabilir.
- İhaleye konu işin yapılırken arazi ve zemin kontrolünün gerektiği ve ihaleden önce uygulama projesinin hazırlanmasının mümkün olmadığı hallerde, anahtar teslim götürü bedel sözleşme yapılması mecburiyeti yok olur (4735 sayılı KİK m. 62 f.1 (c)bendi).
- Pratikte imar ve yön değişikliği ihtimali nedeni ile ihale yapılmasından önce

⁵⁸ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.47.

⁵⁹ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.47.

uygulama projesi hazırlanamadığı yapım işi ihalelerinde anahtar teslimi götürü bedel sözleşme yapılamaz⁶⁰.

Yasa koyucu her halükârda bina işlerinin anahtar teslimi götürü bedel sözleşme ile yapılmasını öngörmüştür. Pratikte yeni bina yapımları anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeleri ile yaptırılmaktadır. 6098 sayılı TBK'nin 480'inci maddesinin birinci fıkrasına göre bedelin götürü olarak belirlendiği hallerde yüklenici eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Bu hüküm anahtar teslimi götürü bedel yapım işlerinin genel karakterini de yansıtır. İdare belli bir bedel karşılığında eserin meydan getirilmesini ister.

4.5.2.Götürü Bedel Sözleşme

4735 sayılı Kanununun 6. maddesinde bulunan tanımlama gereğince; *Konusu mal ya da hizmet alımı ihalelerinde, ihale kalemlerinin özellikleri ve sayısının ayrıntılı olarak tespit edilmiş olan işin tümüne teklif sunduğu ihalenin toplam tutarı üzerinden yapılan ihale sözleşmeleri götürü bedel sözleşmeleridir*⁶¹. Bu tür kamu ihale sözleşmelerinde işin bitirilmesi ile idareye teslimi sonucunda hak edilecek bedel sözleşmenin başında belirlenmektedir⁶². Götürü bedel sözleşmelerinin yapım işi ihalelerinde yapılması zorunluluk teşkil etmekle birlikte mal ve hizmet alım sözleşmelerinde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

4.5.3. Birim Fiyat Sözleşme

Teklif mektubunun yanı sıra sunulan birim fiyat cetvelinin büyük önem arz ettiği birim fiyat sözleşmeleri 4735 sayılı Kanununun 6.maddesinde; *'Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ait mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idare tarafından tanzim edilen*

⁶⁰ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.49.

⁶¹ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.47.

⁶² Celalettin İLHAN, Anahtar Teslimi Mühendislik-Satınalma-Yapım Sözleşmelerde Bir Risk Yönetimi Sistematiği Geliştirilmesi, İstanbul Üniversitesi FBE,(Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi),İstanbul,2010,s.35 (Danışman; Doç. Dr. Uğur MÜNGEN).

bulunan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için isteklinin teklifte bulunduğu birim fiyatların çarpımı neticesinde elde edilen toplam tutara göre gerçekleştirilen sözleşmeler birim fiyat sözleşmedir’ olarak tanımlanmaktadır.

Uygulamada kamu alımlarına ilişkin sözleşme türleri içerisinde uygulanmasında minimum sorun yaşanan birim fiyat sözleşmeleri diğer sözleşmelere göre daha ayrıntılı ve uygulamada tereddütte yer bırakmadığından idarelerce diğer kamu ihale sözleşmelerine göre daha sık seçilmektedir.

4.5.4. Karma Sözleşme

4735 sayılı Kanununun 6. maddesinde yer aldığı gibi *bazı yapım işi ihalelerin konusu gereği ihaleye konu işlerin bir bölümüne anahtar teslimi götürü bedel, diğer bölümüne ise birim fiyat teklifi alma kamu alım usulleri bir arada uygulanacak şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Her iki ihale sözleşmesini özelliklerini bir arada barındıran bu sözleşmeler karma sözleşmelerdir.* Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeleri ile birim fiyat sözleşmelerini bir arada barındıran bu sözleşmelerin uygulanmasında, idare tarafından yapılacak olan ödemeler sözleşmenin anahtar teslimi götürü bedel teklif bölümü için porsantaj cetvellerine bakılarak, birim fiyatlı teklif kısmında ise birim fiyat teklif cetveline dikkate alınarak yapılmaktadır. Aynı şekilde iş artışı hallerinde de sözleşmenin ilgili bölümü dikkate alınarak anahtar götürü bedel bölümü için anahtar götürü bedel kısmında bulunan esaslar, birim fiyat kısmı içinse birim fiyat kısmında bulunan esaslara göre işlem gerçekleştirilmektedir⁶³.

4.5.5. Münferit Sözleşme

4735 sayılı Kanununun 6. maddesinde belirtildiği üzere; *Çerçeve anlaşmaya bağlı olarak yüklenici ile idarenin aralarında imzalanan sözleşmelerdir.*

Bu kavrama yönelik mevzuata bakıldığında ise Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin⁶⁴ 3.maddesinde ‘Çerçeve Anlaşmanın’ tanımlandığı görülmektedir. Söz

⁶³ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.51-52.

⁶⁴ 04.03.2009 tarih ve 27159 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

konusu hüküm gereğince; çerçeve anlaşmalar, *yapılacağı zamanının belli olan ve bir ya da birden fazla idare ile yüklenicinin taraf olduğu alıma konu şeylerin fiyat ve mümkünse miktarlarının tespitine ilişkin koşulların bulunduğu anlaşmalardır*. Sözleşme yapma vaadi niteliğinde olan çerçeve anlaşmalar ilk olarak sağlık alanında uygulanmaya başlanmış daha sonrasında 5680 sayılı Kanunda yapılan değişiklik üzerine kapsamı genişletilerek ihale mevzuatına dâhil edilmiştir.

4.6. Kamu İhale Sözleşmelerinin Temel İlkeleri

Kamu ihale sözleşmelerine ilişkin usul kurallarımız dikkate alındığında sözleşmenin taraflarını sıkı şekil şartlarına uymayı mecbur kılmıştır⁶⁵. Kamu İhale Sözleşmelerinin sıkı usul koşullarına tabi olmasının sonucunda borçlar hukuku sözleşmelerine ilişkin (sözleşmenin yazılı olması ilkesi, iyi niyet, dürüstlük ilkeleri...v.s.) bulunan temel ilkelerin yanı sıra ayrıca kamu ihale sözleşmelerine özgü ilkelerin belirlenmesini mecbur kılmıştır⁶⁶. Bu nedenle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun 4. Maddesi ile kamu ihale sözleşmelerine ilişkin temel ilkeler;

- *4735 sayılı Kanuna bağlı olarak hazırlanan sözleşmeler, ihale dokümanında bulunan koşullara aykırı hükümler içermez.*
- *4735 sayılı Kanunda bulunan haller dışında ihale sözleşmesi maddelerinde değişiklik yapılamaz ve ek bir sözleşme tanzim edilemez.*
- *4735 sayılı Kanuna bağlı olarak kurulan sözleşmelerin tarafları, sözleşmenin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüğe sahiptir. Taraflar arasındaki eşitliği bozacak nitelikte sözleşme hükümlerine yer verilemez.*

Kanun metninde bulunan bu ilkelere alt başlıklar halinde aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

⁶⁵ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.52

⁶⁶ Yaşar GÖK, ‘Kamu İhale Sözleşmelerine Hakim Olan İlkeler’, Erişim sağlanan web adresi: <http://www.kimakademi.com.tr/pdf/kamu-ihale-4.pdf> , E. T., 08.02.2020

4.6.1.İhale Dokümanına Aykırı Sözleşme Yapılamayacağı İlkesi

İhale dokümanı kavramı, 4734 sayılı Kanununun 4. hükmünde; '*İhalenin konusuna bağlı olarak; ihaleye teklif veren isteklilere yönelik bir takım talimatları barındıran idari şartnameler, ihale ile yapılacak olan işe ait projenin yer aldığı teknik şartnameler, ihale sözleşmesinin tasarısı ve ihaleye ait tüm belge ve bilgiler.*' olarak tanımlanmıştır.

Kamu İhale Kanunumuz ihale dokümanı kavram olarak tanımladığı gibi kapsamına ilişkin olarak da düzenleme yoluna gitmiştir. Bu bağlamda 4735 sayılı Kanununun 27 inci maddesi ile ihale dokümanı; ihaleye teklif veren kişilere yönelik direktifleri barındıran idari şartname ile ihale konusuna ait teknik donanım ile ilgili teknik şartname, ihale sözleşmesine ait tasarısı ile ihaleye ilişkin tüm bilgi ve belgeleri kapsamaktadır. İhale dokümanı kapsamında belirlenen esaslar ihaleye teklif sunan istekliler yönünden bağlayıcı olduğu kadar idareler için de bağlayıcıdır⁶⁷.

Bu nedenle ihale sürecinin tekliflerin hazırlanması ve değerlendirilmesi aşamalarında esas alınacak yegâne kıstas olarak büyük önemi bulunmaktadır⁶⁸. Yasa koyucu tarafından da 4735 sayılı Kanununun 4. maddesinde değinilmiş olmasının yanında 4734 sayılı Kanununun 46. madde 2. fıkrasında tekrar; *İhale dokümanı ile belirlenen koşullara aykırı olacak bir sözleşmenin düzenlenemeyeceğine ayrıca değinilmiştir*⁶⁹. Yapılan düzenlemeler göstermektedir ki; bu ilke ile taraflar arasında sözleşmenin uygulanması yönünden tereddütlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Öte yandan hem 4734 sayılı Kanun hem de 4735 sayılı Kanunda ayrıca bulunan bu ilke emredici hüküm niteliğinde düzenlemiştir. Dolayısıyla hazırlanan sözleşmede ihale dokümanına aykırı bir maddenin bulunması halinde söz konusu madde hükümsüz kabul edilecek ve ihale dokümanı esas alınacaktır. Nitekim Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ⁷⁰ ekinde yer alan hizmet alımı ihalelerine ait tip sözleşmenin '*sözleşmenin ekleri*' başlıklı 8. maddesinde belirtildiği üzere; *İhale dokümanı, ihale*

⁶⁷ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, Türk İdare Hukuku, s.509.

⁶⁸ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.54

⁶⁹ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.54

⁷⁰ Resmî Gazete T.: 04.03.2009 S. 27159 Mükerrer.

sözleşmesinin eki ve ayrılmaz parçası olup Yükleniciyi ve İdareyi bağlar. Fakat ihale dokümanı kapsamındaki bir husus ile sözleşmede düzenlenen hüküm arasında bir çelişki veyahut ayrılık olması durumunda ihale dokümanında yapılan düzenlemelerin dikkate alınacağı belirtilmiştir. Hizmet alımı ihalelerine ait tip sözleşme de yer alan bu madde benzer şekilde yapım işi ve mal alımı ihalelerine ait tip sözleşmelerde bulunmaktadır.

Bu hususa ilişkin sözleşme ile ihale dokümanı arasında bulunan çelişki sebebi ile meydana gelen zararın tespiti maksadı ile açılmış olan menfi tespit davasında, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 2021/838 E. ,2021/2106 K. sayılı ve 23.05.2021 tarihli ilamı ile ‘...Somut olayda uyumsuzluk, hizmet alım sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, taraflar arasındaki 15.08.2014 tarihli sözleşmenin 8. maddesinde, ihale dokümanı ile sözleşme hükümleri arasında çelişki bulunması halinde, ihale dokümanında yer alan hükümlerin esas alınacağı belirtilmiştir. Yine aynı maddenin 8.2. bendinde ihale dokümanı sıralaması yapılmış olup, sıralamanın 3.maddesinde, sözleşme tasarısı 6.maddesinde teknik şartname yer almaktadır. Bu husus dikkate alındığında öncelikle sözleşme tasarısındaki hükmün esas alınması gerekmektedir...’ hükmü ile sözleşme ile ihale dokümanı arasında çelişki olması halinde sözleşme hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

4.6.2. Sözleşmenin Değiştirilemez Olduğu İlkesi

4735 sayılı Kanununun m.4/f.2 de ile yapılan düzenleme ile bu yasa ile belirlenen durumlar haricinde kamu ihale sözleşmelerinde herhangi bir değişiklik ve ek bir sözleşmenin düzenlenmesinin mümkün olmayacağı hükme bağlanmıştır. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere kamu ihale sözleşmelerinde değişiklik yapılamayacağı ilke edinilmiş olup Kanunun sözleşmenin değiştirilemez olduğunun istisnası ancak yine 4735 sayılı Kanunda bulunan düzenlemeler haricinde mümkün değildir.

Bu bağlamda bu ilkenin istisnai haline 4735 sayılı Kanununun 15. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde sözleşmenin imzalanmasından sonra, belirlenen bedelin aşılmasında ve sözleşme taraflarının karşılıklı anlaşması şartı ile;

- *İşin yapılacağı yer veya teslim edileceği yer ve*
- *İşin sözleşme ile belirlenen süreden önce bitirilmesi ya da teslim edilmesi şartı ile*

işin süresi ve bu süreye bağlı olan ödeme koşullarına ilişkin ihale sözleşmede yer alan hükümlerde değişiklik mümkün olduğu düzenlenmiştir.

Bu ilkeye ilişkin olarak Danıştay 1. Dairesi, 2005/164 E., 2005/357 K. sayılı ve 14.03.2005 tarihli ilamında; ‘...Dairemizin 8.10.2004 günlü ve E: 2004/443, K: 2004/249 sayılı kararında, 4735 sayılı Kanunun 15. maddesinde sınırlayıcı bir biçimde kabul edilen sözleşme değişikliği yapılabilecek hususlar dışında bu sözleşmelerde değişiklik yapılmasının yasal olarak mümkün bulunmadığı, bu kapsamdaki sözleşmelerde 4353 sayılı Kanunun 31. maddesi hükmüne dayanılarak sözleşme değişikliği yapılması cihetine gidilemeyeceği ve bu hükmün uygulanamayacağı belirtilmiştir...’ hükmü ile yasal düzenlemeyi destekleyici şekilde hüküm tesis edilmiştir.

Bir önceki başlıkta değindiğimiz üzere; kamu ihale hukukumuzda, ihale dokümanı ile ihale sözleşmesi bir bütün olarak değerlendirilmekte ve ihale dokümanına aykırı sözleşme düzenlenmeyeceği 4735 sayılı Kanunumuz ile ilke olarak benimsenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin değiştirilemez oluşu yalnızca kamu ihale sözleşmesi için değil aynı zamanda sözleşmenin ekleri ve ihale dokümanında kapsamaktadır.

4.6.3.Sözleşme Taraflarının Eşitliği İlkesi

Kamu idarelerinin yapmış olduğu sözleşmelerden ayrı olarak özel hukuk sözleşmelerinde büyük önem arz eden sözleşme taraflarının eşitliği ilkesi kamu ihale sözleşmelerinde de önemli bir yere sahiptir. Bu bağlamda 4735 sayılı Kanunun 4. maddesinde yapılan düzenleme çerçevesinde; kamu sözleşmelerinde idare ile yüklenici, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülöklere sahiptir. Bu doğrultuda hem ihale dokümanında ve sözleşme hükümlerinde yapılacak düzenlemelerde tarafların eşitliği ilkesine uymayacak düzenlemelerin bulunmayacağı Kanun ile şart koşulmuştur. Ayrıca ihale dokümanı ve sözleşmenin yanı sıra kanuna ilişkin uygulamalar ve hükümlerin yorumlanmasında da sözleşme tarafların eşit olduğu hususunun dikkate alınması gerekmektedir.

Kanun hükmünde bulunan bu düzenleme esas olarak ihale dokümanları ve sözleşmenin tek taraflı olarak hazırlanması sebebi ile önemlidir. Yasa koyucu bu düzenleme ile idarenin ihale sürecine ilişkin olarak hazırlamış olduğu belgeler ve sözleşme hükümlerinde eşitlik ilkesini göz önünde bulundurmasını amaçlamaktadır. Yine bu bağlamda Kamu İhale Kurumu(KİK) idarelere yol gösterici nitelikte yayınlar aracılığı ile sözleşme, şartnameler ve ihale dokümanları gibi ihalelere ilişkin örnek kayıtlar ve şablonlar hazırlamaktadır⁷¹.

4.7. Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu

Genel olarak sözleşmelerin kuruluşu; sözleşme taraflarının karşılıklı olarak birbirine uygun irade beyanını açıklaması ile gerçekleşir. İdare sözleşmelerine bakıldığında ise idarenin sözleşme yaparken belirli usul kurallarına bağlı olmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir⁷². Bu husus bilhassa 4734 sayılı Kanunda düzenlenen ihale aşamasının anlık değil belli süreçlerin gerçekleşmesi neticesinde kurulan kamu ihale sözleşmelerinde görülmektedir⁷³. Bu bağlamda idare tarafından uzmanlık gerektiren ihtiyaçların tespiti sonucu hazırlık dönemini takiben ihaleye çıkılması kamu ihale sözleşmesi bakımından icaba davet ⁷⁴ ve idarenin ihale ilanı neticesinde isteklilerin teklif sunması ise öneridir(icap) olarak kabul edilmelidir⁷⁵. İsteklilerin sunduğu teklif üzerine yapılan değerlendirme sonucu idarenin ihale koşullarını sağlayan ve ekonomik açıdan en avantajlı olduğu belirlenen teklifi veren istekli lehine verdiği kararı üzerine sözleşmeye daveti kabul anlamına gelmektedir.

İhale sözleşmesinin kurulması için sırası ile idarenin ihaleye hazırlanması, ihaleye çıkması, isteklilerin teklif sunması ve bu tekliflerin değerlendirmesi sonrasında idarenin ihaleye ilişkin olarak karar vermesi ve nihayetinde ihale kurumunun kabul beyanı

⁷¹ Yaşar GÖK, 'Kamu İhale Sözleşmelerine Hakim Olan İlkeler', Erişim sağlanan web adresi: <http://www.kimakademi.com.tr/pdf/kamu-ihale-4.pdf> , E. T. 08.02.2020

⁷² Uyuşmazlık Mahkemesinin 1998/8 E., 1999/17 K. Sayılı ve 21. 16. 1999 tarihli ilamı. Erişim Sağlanan web adresi: <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/0e50fe0e-68ff-4726-ae358f168eff986b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , E.T: 21.02.2020.

⁷³ Ali D. ULUSOY, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, 2021, Ankara, s.624.

⁷⁴ Vedat BUZ, .Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, s.218.

⁷⁵ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.61

aşamalarının tamamlanması ile gerçekleşir. İhale sürecine ilişkin olarak belirtmiş olduğumuz hususlardan da anlaşılacağı gibi her ihale süreci sözleşmeye bağlanarak sonuçlanmayı amaçlamaktadır⁷⁶. Söz konusu süreçler kamu ihale sözleşmelerinin hukuki değerlendirmesinde büyük önem teşkil etmesi sebebi ile ihale sürecine ilişkin olarak daha ayrıntılı açıklama yapmakta fayda vardır.

4.7.1. Hazırlık İşlemleri ve İhale İlanı

İhalelere hazırlık aşaması; konusu uzmanlık gerektiren bir takım kamusal ihtiyaçların özel şahıslar tarafından karşılanması maksadı ile oluşan ihaleler öncesi idarelerin bir takım hazırlıklar ve ihaleye çıkılması için gerekli ön hazırlıkların sağlaması ile başlamaktadır. İhale süreci başlamadan önce idarenin tespit ettiği ihtiyaca⁷⁷ yönelik olarak 4734 sayılı Kanunun 5. Madde hükmünde değinilen ‘*ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamaz.*’ ilkesi göz önünde bulundurularak kamu alımı için ödeneğin bulunması zorunlu kılınmıştır⁷⁸. İhaleye çıkılmadan önce ihale süreci ile ilgili olarak ihalenin usulü, süresi, maliyet hesaplamaları, ihale gereği idare tarafından öncesinden yapılması gerekli iş işlemleri tamamlamalıdır. Örneğin; 4734 sayılı Kanununun 62. maddesi c bendi gereğince; *Yapım işlerinde idare tarafından arsa temini gerçekleştirmeksizin, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli durumlarda imar işlemleri bitirilmeden ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılması söz konusu değildir.* Bu bahisle yapım işlerine ait ihalelerde idare ihaleye çıkmadan önce arsa temini ve kamulaştırma gibi gerekli hazırlık işlemlerini gerçekleştirmelidir⁷⁹.

Değindiğimiz üzere ihaleye çıkılmadan önce idare tarafından gerçekleştirilen hazırlık işlemleri dâhilinde asıl ve yedek üyelerinin belirlenmiş olduğu bir ihale komisyonu kurulmalıdır. İhale komisyonu ihale yetkilisi tarafından; içlerinde bir başkan ve yapılacak olan ihale konusunda uzman olan en az iki kişinin bulunduğu ve ihaleyi yapan ilgili idare

⁷⁶ SEZGİNER, İdare Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, s.800.

⁷⁷ Esra DOĞAN, Kamu İhale Konusunda Birincil ve İkincil Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme, s.40.

⁷⁸ BAŞ, SEYHAN, Yargı ve Kurul Kararları Işığında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat, s.12.

⁷⁹ GÖZLER, KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, s.481; Ozan CAN, Kamu İhale Hukuku, s.62.

personelinden muhasebe veya mali işlere bakan personelin bulunduğu minimum dört kişinin katılımı ile kurulmaktadır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki komisyon minimum beş veya daha fazla tek sayıda kişiden oluşmalıdır.

İhale ilanı aşamasına geçilmeden önce son olarak; idarenin değindiğimiz bir dizi hazırlık işlemlerine ilişkin olarak 4734 sayılı Kanun 7. Hükümünde belirtilen ihale işlem dosyası hazırlanmaktadır. Bu hükümde de belirtildiği üzere ihale işlem dosyası içerisinde; yaklaşık maliyete ait hesap cetveli, ihale yetkilisinin verdiği onay belgesi ve eki, ihaleye ait ilân metinleri, ihale dokümanı, istekliler tarafından verilen başvurular veya öneriler ve diğer belgeler, ihale komisyon karar ve tutanakları gibi ihale sürecine ilişkin tüm belgeler yer almaktadır.

İdare tarafından hazırlık sürecine ilişkin tüm iş ve işlemlerin tamamlanmasını takiben ihalenin 3. kişilere duyurulması safhasına geçirilir. 4734 sayılı Kanunumuzun 13. maddesinde ihale ilanına ilişkin süre ve esaslar aşağıdaki gibi belirlenmiştir.

İhaleye teklif veren tüm isteklilere tekliflerin hazırlanmasına yetecek süre verilecek olup bu süre;

Yaklaşık maliyeti yasa ile belirlenen eşik değerlere eş ya da daha fazla olan ihalelerde;

- Açık ihale usulü ile gerçekleştirilecek ihalelerin ilanları, ihaleden minimum kırk(40) gün öncesinde,
- Belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilecek ihalelerde ön yeterlik ilânları, son başvuru tarihinden minimum ondört(14) gün öncesinde ve
- Pazarlık usulü ile gerçekleştirilecek ihalelerin ilânları, ihaleden minimum yirmibeş(25) gün öncesinde

Minimum bir kez Kamu İhale Bülteninde yayımlanır. Bu ihalelere teklif veren kişiler arasında yapılacak ön yeterlik değerlendirilmesi neticesinde belirlenecek olan ilgililere minimum 40 gün öncesinde davet mektubu göndermek gerekmektedir.

Yaklaşık maliyeti yasa ile belirlenen eşik değerlerden düşük olan ihalelerde;

- Yaklaşık maliyeti altmış milyar Türk Lirasına(485.689,-TL (Dört yüz seksen beş bin altı yüz seksendokuz Türk Lirası⁸⁰)) dek olan yapım işlerinin ihale ve otuz milyar Türk Lirasına (242.832,-TL (İki yüz kırk iki bin sekiz yüz otuz iki Türk Lirası⁸¹)) dek olan hizmet veya mal alımına ait ihalelerde, ihale tarihinden minimum yedi(7) gün öncesinde ihalenin ve ihaleye konu işin bulunduğu konumda çıkarılan minimum iki gazetede,

- Yaklaşık maliyeti otuz milyar ile altmış milyar TL(242.832,-TL (İki yüz kırk iki bin sekiz yüz otuz iki Türk Lirası)) arasında kalan mal veya hizmet alım ihaleleri ve altmış milyar ile beş yüz milyar TL(4.047.628,-TL (Dört milyon kırk yedi bin altı yüz yirmisekiz Türk Lirası⁸²)) arasında kalan yapım işlerinde ihaleden minimum on dört(14) gün önce Kamu İhale Bülteninde ve işin bulunduğu konumda çıkarılan bir gazete de ve

- Yaklaşık maliyeti altmış milyar Türk Lirasının(485.689,-TL (Dört yüz seksen beş bin altı yüz seksendokuz Türk Lirası)) üstünde ve eşik değerin altında olan mal veya hizmet alımı ihaleleri ile beş yüz milyar Türk Lirasının(4.047.628,-TL (Dört milyon kırk yedi bin altı yüz yirmisekiz Türk Lirası)) üstünde ve eşik değerin altında kalan yapım işi ihalelerinde ihaleden minimum yirmibir(21) gün önce Kamu İhale Bülteninde ve işin bulunduğu konumda çıkarılan bir gazetede minimum birer kez yayımlanacak şekilde ilân edilir.

,

⁸⁰ Eşik değerler ve parasal limitlerin 1.2.2021 tarihinden itibaren uygulanması ile ilgili olarak, 26.1.2021 tarihli ve 31376 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan Kamu İhale Kurumunun 2021/1 No.'lu Kamu İhale Tebliğinde güncellenen bedel.

⁸¹ Eşik değerler ve parasal limitlerin 1.2.2021 tarihinden itibaren uygulanması ile ilgili olarak, 26.1.2021 tarihli ve 31376 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan Kamu İhale Kurumunun 2021/1 No.'lu Kamu İhale Tebliğinde güncellenen bedel.

⁸² Eşik değerler ve parasal limitlerin 1.2.2021 tarihinden itibaren uygulanması ile ilgili olarak, 26.1.2021 tarihli ve 31376 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan Kamu İhale Kurumunun 2021/1 No.'lu Kamu İhale Tebliğinde güncellenen bedel.

Yaklaşık maliyeti yasa ile belirlenen eşik değerlerden düşük olan ve belli istekliler arasında yapılacak ihalelerde;

Eşik değerlerin altında olan ihalelerinin bedeline göre belirlenen 7,14 ve 21 günlük süreler hariç ön yeterlilik son başvuru tarihinden minimum yedi gün öncesinde diğer usullere göre yapılması ve ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterliği tespit edilen ilgililere ihale gününden önce ihale bedelinin tutar aralığına göre tespit edilecek olan 7,14 ve 21 günlük sürelerle göre davet mektubu gönderilmesi zorunludur.

4734 sayılı Kanunun 13. maddesinde belirtildiği üzere; ilana ilişkin belirlenen bu süreler ilanın elektronik yol ile tanzim edilerek gönderilmesi durumunda açık ihale usulü ihalelerine ilişkin ilanların süresi yedi(7) gün kısaltılabilmektedir. İlan ile ihale ve ön yeterlik dokümanına Elektronik Kamu Alımları Platformu aracılığı ile direkt erişimin sağlanması durumunda doğrudan erişimin temin edilmesi halinde, birinci fıkranın (açık ihale usulü ihalelerine ilişkin ilanların süresi ile belli istekliler arasında ihale usulünde gerçekleştirilecek ihalelerin ön yeterliliği tespit edilen ilgililere verilen 40 günlük davet süresi beş(5) gün kısaltılabilir. Yaklaşık maliyeti yasa ile belirlenen eşik değerler ile eş veya daha fazla olan kamu alımları için Kamu İhale Bülteninde ön ilan yapabilirler. Uluslararası ilan yapılacak olan ihaleleri de kapsayacak şekilde ön ilan yapılan durumlarda belirlenen 40 günlük ilan ve davet süresi 24 güne kadar düşürülebilir.

Yine 4734 sayılı Kanunda belirlendiği üzere, ön ilanda belirtilmesi zorunluluk teşkil eden esaslar;

- İhaleye çıkan idarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası ile elektronik posta adresi,
- İhalenin niteliği, adı, türü ile hizmet ve mal alımlarında kalemler ve tahmini miktarlar, yapım işlerinde ise işin yapılacağı yer, ihtiyaç programı ve yapı tekniğine göre tahmin edilen fiziki miktarı veya kapsamı.
- Çerçeve anlaşma yapılıp yapılmayacağı.
- İhalenin gerçekleştirileceği yer ve
- İhale ilanının yılın kaçınıcı çeyreğinde yayımlanacağıdır.

Ön ilan yapılması durumunda, 40 günlük sürenin 24 güne değin düşmesinden yararlanılabilmesi, ihale ilanının ön ilan tarihinden başlayarak minimum kırk gün sonra yayımlanmasına bağlıdır. Önemle belirtilmedir ki idarenin ön ilanda bulunmasından sonra ihaleye çıkma mecburiyeti bulunmamaktadır.

Ön ilanın yapılması durumunda gerçekleştirilecek ihale açık ihale usulü ile ya da belli istekliler arasında ihale usulü arasından biriyle yapılmak mecburiyetindedir. Kamu ihale bülteninde yayımlanan ön ilanlara ilişkin olarak herhangi bir ücret ödenmemektedir.

İlana ilişkin olarak ayrıca Basın İlân Kurumu aracılığıyla ülke genelinde ilan yapılmasına ilişkin kararı KİK vermektedir. İhalenin gerçekleştiği yerde gazete yayımı yok ise ilgili idare tarafından ilana ilişkin olarak tutanak ile belgelenecek şekilde aynı sürelerle tabi olarak kendi bünyesinde, kamu binalarında ve belediye binalarının ilân panolarına asılması ve belediye yayın organları aracılığı ile ilanı gerçekleştirilir.

4734 sayılı Kanunun 13. Maddesinde değindiği gibi ihale ilanının zorunlu kılındığı durumlar haricinde idareler, ihale konusu işin önem ve niteliğine bağlı olarak ihaleleri, milletlerarası ilân veya ülkemiz içerisinde yayımlanan başka gazeteler, yayın araçları veya internet kanalı ile ayrıyeten ilan etme kararı alabilirler. Fakat bu yöntemlerden uluslararası ilanın tercih edilmesi halinde minimum ilan süresine 12 gün eklenmektedir.

4734 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenleme çerçevesinde belirlenen yaklaşık maliyetin eşik değerler ile eşit veya bu eşik değerleri geçen ihaleleri ile eşik değerlerin altında kalan ihalelerin ihale ilan sürecine ilişkin olarak ayrı ayrı düzenleme yapılmasına karşın ihale ilanını kamu ihale bülteninde veya yerel gazetede yer alması ihale hukukumuzun saydamlık ve rekabet ilkesine uygun olarak zorunlu kılınmıştır⁸³.

İhale ilanı, idarenin belirlediği ihtiyaçlarının karşılanması maksadı ile sözleşme yapma isteğini göstermesi sebebi sözleşme hukuku açısından icaba davet niteliğinde kabul edilmektedir. İcaba davet sözleşme yapılması maksadı ile görüşmelere çağırmaya ilişkin irade beyanıdır⁸⁴. Bu bağlamda idarenin ihale ilanı vermesi idareyi sözleşme yapma yükümlülüğü altına sokmamaktadır. Fakat özel kişiler arasındaki sözleşme ilişkisinden

⁸³ Ozan CAN, Kamu İhale Hukuku, s.67.

⁸⁴DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.63.

farklı olarak idarenin icaba davetten vazgeçerek tüm teklifleri reddetmesi halinde iş bu kararını haklı ve makul bir gerekçeye dayandırmalıdır. Aksi takdirde isteklilerin tazminat talepleri ile karşılaşma durumu söz konusudur⁸⁵.

4.7.2.Tekliflerin Sunulması ve Değerlendirmesi

İdarenin ihale ilanı üzerine ihale dokümanını satın alan ve ihaleye teklif vermek isteyen kişiler tarafından teklif dosyası hazırlanma sureti ile idareye başvuru yapılmaktadır. 4374 sayılı Kamu İhale Kanunun 30. Maddesinde belirtildiği üzere; ihaleye teklif vermek isteyen kişilerin, üzerinde kendilerine ait ad, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata yarar açık adresi, önerinin hangi işe ilişkin olduğu yazılı bir zarf içerisine; öneri mektubu ve geçici teminat de dâhil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeleri yetkili kişi tarafından imzalanması sureti ile idareye sunmaları gerekmektedir. İstekli sunmuş olduğu teklif mektubunda; dokümanını tümü ile okuyup onayladığını gösterir belge ile teklifinde sunduğu tutarı açık bir şekilde rakam ve yazı ile yazmış olduğu belge yer almalıdır. İhale dokümanında alternatif teklif sunabileceği belirtilen mal alımı ihalelerinde alternatif teklifin hazırlanması da aynı usulle gerçekleştirilmelidir.

4734 sayılı Kanun gereği teklifler ihale dokümanında belirlenen ihale saatine değin sıra numaralı olarak alındığına dair belge karşılığında ilgili idareye teslim edilir. İhale saatinden sonra sunulan verilen teklifler kabul edilmemekte ve hiçbir açıklamada bulunulmadan geri çevrilmektedir. Teklifler iadeli taahhütlü olarak da gönderilmesi mümkün olup söz konusu tekliflerin ihale saatine değin idareye teslim edilmiş olması şarttır. Teklifin postada yaşanan aksaklık sebebi ile yaşanan gecikmeden ötürü işleme alınmayan tekliflerin teslim tarihi tutanak ile tespit edilir. Sunulan tekliflerin zeyilnamenin tanzim edilmesi durumu hariç olmak üzere herhangi bir nedene bağlı olarak geri alınması ya da değiştirilmesi söz konusu değildir.

⁸⁵Vedat BUZ, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, s.218.

Daha öncesinde de değindiğim üzere; taraflar arasında sözleşmenin kurulması karşılıklı ve birbiri ile uyumlu olan irade beyanına bağlıdır. Bu bağlamda öneri, sözleşme kurulması amacı öncelikle yöneltilen ve sözleşmenin esaslarının yer aldığı, karşı tarafın kabulü ile sözleşme ilişkisinin kurulmasını sağlayan, kesin ve bağlayıcı irade beyanıdır⁸⁶. 4734 sayılı Kanun 30. maddesinde bulunan düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, ihaleye sunulan teklif öneri(icap) niteliğindedir.

Dolayısıyla ihaleye teklifte bulunan kişi sunduğu teklif ile bağlı kalmakla yükümlüdür. Fakat isteklilerin sunmuş olduğu teklifler süreli olup geçerlilik süresi ihale dokümanında belirtilmek ile birlikte tekliflerin geçerlilik süresi idarenin ihtiyaç duyması halinde isteklinin kabulü şartı ile uzatılabilmektedir. Bu bağlamda isteklinin teklifi süreli öneri olup ihaleyi yapan idarenin süresi içerisinde kabul beyanını açıklamasını gerektirmektedir⁸⁷.

İsteklilerin teklif aşamasını tamamlamasını takiben, ihale dokümanında bulunan ihale saatinin sonlanması üzerine ihale komisyonu tarafından sunulan tekliflerin sayısı tespit edilerek hazır bulunanlara duyurulmak sureti ile ihaleye başlanır. İhale de şeffaflığın sağlanması maksadı ile teklifler komisyon tarafından teklif zarflarını alınış sırasına göre istekliler ve hazır bulunanlar huzurunda incelenmektedir⁸⁸. 4734 sayılı Kanunun 30. maddesinde sayılan koşulları taşımayan zarflar tutanak ile tespit edilerek değerlendirme dışı bırakılır.

Teklif zarfında bulunan belgelerde eksiklik bulunup bulunmadığı ile teklif mektubu ve geçici teminatlarının belirlenen usule uygunluğu kontrol edilerek uygun bulunmayan tekliflere ilişkin olarak tutanak tutulur. Daha sonrasında istekliler, teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet tutarına ilişkin açıklamada bulunur. Bu aşamada düzenlenen tutanak ihale komisyonu tarafından imzalanmaktadır. Bu süreçte herhangi bir önerinin ret

⁸⁶ Muzaffer ŞEKER, '6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Ismarlanmayan Şeyin Gönderilmesi', İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:2013 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 81-98., , s.84; DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.63; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.244; M. Kemal OĞUZMAN, M. Turgut ÖZ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 13.Baskı, İstanbul, 2015, s.65.

⁸⁷ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.63.

⁸⁸ M. Rasih ALTINKÜLÇE, 6552 ve 6518 sayılı Kanunlardaki Değişikliklerle Kamu İhale Kanunu, İzden Yayıncılık, 2015, s.578.

edildiğine ya da kabul edildiğine karar verilmez, teklif ile sunulan belgeler düzeltilemez ve eksiklikler giderilemez. İhale komisyonu oturumu kapatarak tekliflerin değerlendirmesini yapar.

Tekliflerin değerlendirmesi safhasına geçilmesi üzerine ihale komisyonu tarafından, teklif fiyatında değişiklik veyahut ihale dokümanına uygun olmayan tekliflerin uygun hale getirilmesine yönelik olmayacak şekilde sunulan tekliflere ilişkin olarak belirsiz olan noktalara ilişkin isteklisinden tekliflerinin yazılı açıklanmasını talep edebilir.

Değerlendirme aşamasında komisyon tarafından ilk oturumda belgeleri tam olmayan ve usulüne göre hazırlanmamış teklif mektubu ile geçici teminatı sunulduğu belirlenen isteklilerin önerileri değerlendirme dışı bırakılır⁸⁹. Ön esasını değiştirmeyecek nitelikteki tekliflerde bulunan bilgi eksikliğinin giderilmesi maksadı ile ilgili istekliye idare tarafından takdir edilen süre içerisinde bu noksanlıkların giderilmesi yazılı olarak talep edilir. Belirlenen sürede noksanlıkları gidermeyen isteklilerin sunmuş oldukları teklifler değerlendirme dışı tutularak geçici teminatları gelir kaydedilir.

İlk incelemeler sonucu usulüne uygun ve eksiksiz sunulan teklifler ile eksiklikleri tamamlanan teklifler arasında ayrıntılı inceleme aşamasına başlanır. Bu süreçte, isteklilerin kamu alımının konusu işi yapabilme kabiliyetlilerini saptayan yeterlilik kistaslarına ve sunulan önerilerin ihale dokümanında bulunan koşullara uygunlukları incelenmektedir. Bilhassa birim fiyatlı işlerde; iş öneri cetvellerinde aritmetik hata yer alıp almadığı incelenmek sureti ile aritmetik hata bulunduğu tespit edilen teklifler değerlendirme dışı tutulur.

İhale komisyonu sunulan teklifleri değerlendirdikten sonra, ihaleye sunulan teklifler kıyaslandığında öteki tekliflere veya tespit edilen yaklaşık maliyete karşılaştırılarak aşırı düşük teklifler belirlenir. Aşırı düşük teklifte bulunanlara ilişkin teklifin ret kararı verilmeden önce teklifte bulunanlardan önemli hususların yazılı olarak aydınlatılmasını talep etmektedir.

⁸⁹ Erdem BAFRA, Kamu İhale Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Karar Analizleri, Seçkin Yayıncılık,1. Baskı, Ankara, 2017, s.104.

Aşırı düşük tekliflere ilişkin olarak teklif verenin;

- Üretim süreci ile verilecek hizmet ve yapım yönteminin düşük maliyetli olması,
- Belirlenen teknik çözümler ve teklif sahibinin sahip olduğu olanaklar ile
- Teklife konu olan şeyin orijinalliği teklif sahibinin yazılı beyanları dikkate alınarak değerlendirilir.

Yapılan değerlendirme neticesinde açıklamaların yetersiz olması veya hiç açıklama yapılmaması halinde ilgili isteklinin teklifi reddedilmektedir.

İstekli tarafından sunulan teklife ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise teklifin geçerlilik süresidir. Uluslararası mevzuata uygunluk sağlamak amacı ile 4734 sayılı Kanunun 32. maddesinde yapılan düzenleme ihaleye sunulan teklifler için bir geçerlilik süresi belirlenmeli ve bu süre ihale dokümanında yer almalıdır. Bu bağlamda ekonomik açıdan en elverişli teklif sunan isteklinin teklif geçerlilik süresi dolduktan sonra sözleşme imzalamaya zorlanması ve sözleşme imzalamaması sebebi ile istekliye ait geçici teminatın gelir kaydedilmesi de mümkün değildir⁹⁰. Nitekim Danıştay 13. Dairesi 2009/2522 E., 2013/3645 K. Sayılı ve 13.12.2013 tarihli ilamında; *‘....ortak girişimin sözleşme imzalamakla yükümlü olduğu on günlük sürenin teklif geçerlilik süresinin bitiminden sonraki bir tarihte sona erdiği anlaşıldığından ve teklif geçerlilik süresinin bitmesinden sonra sözleşme imzalama yükümlülüğü bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, sözleşme imzalanmadığından bahisle 4734 sayılı Kanunun 44 üncü maddesi uyarınca 170.000,00 TL tutarındaki geçici teminat bedelinin irat kaydedilmesinin’* hukuka uygun bulunmadığı hükme bağlanmıştır.

4.7.3.İhale Kararı

İhale komisyonu sunulan tekliflere ilişkin değerlendirmesi neticesinde ihaleyi, ekonomik yönden en avantajlı teklifi veren isteklinin üzerine bırakılmasına karar verir. 4734 sayılı Kanunda değinilen *‘ekonomik açıdan en avantajlı teklif’* ibaresine ilişkin

⁹⁰ M. Rasih ALTINKÜLÇE, 6552 ve 6518 sayılı Kanunlardaki Değişikliklerle Kamu İhale Kanunu, s.495.

değerlendirme yapılır iken bu kavramı fiyat kriterine indirgeyerek en düşük teklif düşünülmesi kamu hizmetinin en iyi şekilde sağlanmasına yönelik gerçekleştirilen kamu alımlarının doğası ile ters düşmektedir⁹¹. Bu hususta Avrupa Birliği Adalet Divanının C-601/13 sayılı ilamında; ‘... ekonomik açıdan en avantajlı teklifi belirlemelerinde, tekliflerin hangisinin sözleşmelere yönelik ihale kriterinde kalitenin öneminin güçlendirilmesini amaçlayan ‘paranın en iyi karşılığı’ ...’ deyimine yer verilmiştir⁹².

Bu bağlamda Kanunun 41. maddesinde belirlenen kriterler çerçevesinde ekonomik açıdan en avantajlı öneri, *yalnızca fiyat kaidesine göre veya fiyat dâhil olmak üzere ayrıca işletme ve bakım maliyeti, kalite, verimlilik, maliyet etkinliği ve teknik değer gibi fiyat dışındaki etkenlerde göz önünde bulundurularak belirlenir Fiyat haricindeki unsurların dikkate alınmasının gerektiği durumlarda, ihale dokümanında söz konusu etkenlerin nakdi değerleri ya da nispi ağırlıkları belirlenir*⁹³.

Gerekçesi komisyon tarafından belirlenen ihale kararı, ihale yetkilisinin iznine bırakılır. Karar metninde isteklilerin isimleri veya ticaret unvanları, tekliflerde sunulan bedeller, ihalenin üzerine bırakıldığı istekli ile ihale kararının gerekçesi ve ihale tarihi yer alır. İhale yetkilisi tarafından karar tarihini takip eden günden itibaren en geç beş iş günü içinde ihale kararı onaylanır ya da ayrıntılı bir gerekçe ile ihalenin iptaline karar verilir.

İhale süreci boyunca irade beyanında bulunmayan idarenin ilk irade beyanı⁹⁴ olan ihale kararı ihale yetkilisi tarafından onaylanmasından itibaren en geç 3 gün içerisinde tüm isteklilere bildirilmelidir. Bildirimde bulunulur iken değerlendirmeye alınmayan veyahut uygun bulunmayan tekliflere ilişkin olarak, 4734 sayılı Kanunun 41. Maddesi gereğince gerekçesine de yer verilerek bildirimde bulunmalıdır. Bunun yanı sıra ihalenin iptaline karar verilmesi halinde de isteklilere gerekçeleri belirtilerek bildirimde bulunulur.

4734 sayılı Kanununun 41. Maddesinde belirtildiği üzere; ihale kararının tüm isteklilere bildirilmesinden itibaren pazarlık usulüne ile gerçekleştirilen kamu alımlarında en geç beş gün, öteki durumlarda ise on(10) günlük süre dolmaksızın sözleşme

⁹¹ Erdem BAFRA, Kamu İhale Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Karar Analizleri, s.61.

⁹² Erdem BAFRA, Kamu İhale Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Karar Analizleri, s.61.

⁹³ Ozan CAN, Kamu İhale Hukuku, s.81.

⁹⁴ DEMİRBOĞA Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.71.

imzalanamaz. Bu süreler ihale kararının kesinleşmesine ilişkin olup istekliler tarafından şikâyet veyahut itirazen şikâyet yollarına başvuru yapılması ihtimaline binaen ön görülmüştür⁹⁵.

Yukarıda da değindiğimiz hususlardan anlaşılacağı üzere tekliflerin değerlendirilmesi aşamasından sonra idarenin ilk irade açıklamasını içermektedir⁹⁶. İhale kararı metnine bakıldığında ise ihalenin hangi istekli uhdesinde bırakıldığı ve hangi isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakıldığı gibi hususlara yer verildiği ancak idarenin sözleşme yapma iradesine ilişkin herhangi bir beyanın yer almadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple ihale kararına bağlı olarak idarenin ihalenin uhdesine bırakılmasına karar verdiği istekli ile sözleşme yapılıp yapılmayacağı belirsizdir. 4734 sayılı Kanunda gerçekleştirilen düzenlemeye bakıldığında da ihale kararından sonra da ihale süreci devam ettiği anlaşılmaktadır. Kanun çerçevesinde sözleşme yapılması ihale kararına göre değil, ihale kararı üzerine menfaati zarar gören kişilerin yasa yollarına şikâyet ve itirazen şikâyet başvuruları neticesinde ilgili makamların verileceği karar üzerine idarenin gerçekleştireceği işlemlere bağlanmıştır. Bu bağlamda aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere; ihale kararın kesinleşmesi ile idare, ihalenin uhdesinde kaldığı istekliye sözleşme yapmak maksadı ile davette bulunulmakta olup kanaatimizce idarenin bu daveti sözleşmenin kurulması için gerekli olan kabul beyanı olarak kabul edilmelidir⁹⁷.

4.7.4.Sözleşmeye Davet ve Sözleşmenin İmzalanması

İhale kararına ilişkin olarak değindiğimiz üzere; diğer isteklilerin şikâyet veya itirazen şikâyet yollarına başvuru yapma ihtimaline binaen 4734 sayılı Kanunun 41. maddesinde belirlenen beş-on günlük sürelerin sonlanması beklenilir. Bu süreleri takiben üç gün içerisinde ihale uhdesine bırakılan istekliye idare tarafından yapılacak bildirim ile on(10) günlük süre içerisinde kesin teminatı sunması halinde sözleşmenin imzalanacağı

⁹⁵ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.71; Serdar BASTIK, Kamu İhalelerinde İdari Başvurular, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnşaat ve Malzeme Genel Müdürlüğü, Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara, Temmuz 2011.

⁹⁶ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.50.

⁹⁷ Aynı yönde; DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.71; Vedat BUZ, .Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, s.222.

bildirilir. İdare tarafından yükleniciye yapılacak bu bildirimin yapılması zorunluluk teşkil etmekte olup Yargıtay 13. H.D. 2002/2206 E, 2002/4288 K sayılı ve 17.04.2002 tarihli ilamı ile idarenin usulüne uygun bir biçimde sözleşme akdetmeye davet etmemesi üzerine ihaleyi iptal ederek yükleniciye ait geçici teminatın gelir kaydedilmesinin haksızlık teşkil ettiği yönünde hüküm tesis edilmiştir.

4734 sayılı Kanunda sözleşme yapmak üzere isteklinin idare tarafından sözleşme yapmak üzere davet edilmesi sözleşmenin hazırlar arasında kurulması modelinin benimsediğini göstermektedir. İdarenin ihale kararında; ekonomik açıdan en avantajlı teklif sunan istekliyi sözleşmeye daveti ile kabul iradesi göstermiş olmasına⁹⁸ karşın kesin olarak sözleşme imzalanacağı anlamına gelmemektedir. Zira ihale uhdesine bırakılan isteklinin başka bir idare tarafından ihaleden yasaklama alması halinin öğrenilmesi halinde idare tarafından sözleşme imzalanması mümkün değildir⁹⁹. Bu nedenle yasaklılığa ilişkin olarak kontrol iki defa yapılmaktadır. İlk olarak sözleşmeden önce idareler tarafından ihalenin uhdesinde bırakıldığı istekli ile ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren ikinci isteklinin yasaklılık durumu KİK' in teyidi ile birlikte yapılmakta ve bu husustaki belge ihale kararına eklenmektedir. İkinci olarak ise sözleşme günü sözleşme imzalanacak isteklinin yasaklılık durumu tekrar teyit edildikten sonra sözleşme imzalanmaktadır¹⁰⁰.

İdare ihale kararına karşı yasa yollarına başvuru için belirlenen sürenin bitimi, ön mali kontrol yapılması gerektiği hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale uhdesinde kalan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on(10) gün içinde kesin teminatı sunması suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirim yapılır. İdare tarafından bu işlemlerin yapılmaması halinde istekli; noter ihtarnamesi ile bildirmek koşulu ile taahhüdünden vazgeçme hakkı doğmaktadır. Bu durumda istekli tarafından verilen geçici teminat iade edilir ve teminat vermek üzere istekli tarafından belgelendirilmiş giderlerin talep hakkı doğmaktadır. Bu hususta daha öncesinde değinmiş

⁹⁸ Vedat BUZ, „Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, s.225

⁹⁹ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.73.

¹⁰⁰ Sadettin DOĞANYİĞİT, İrfan GÜVENDİ, İhale ve Sözleşme Hukuku, Kamep Derneği Yayınları, Ankara, Mayıs 2016, s.1159.

olduğumuz Danıştay kararının¹⁰¹ yanı sıra Yargıtay 15.H.D. 1992/960 E., 1992/5407 K. Sayılı 19.11.1992 tarihli kararında da; ‘...İhale tarihiyle işin sözleşmeye bağlanması gereken tarihler arasında kanunda belirtilen sürenin geçmesi halinde yüklenicinin, sözleşmeden dönme hakkı vardır....’ hükmü ile idarenin süresi içerisinde sözleşme imzalamak yükümlülüğünde olduğu belirtilmiştir.

İdarenin sözleşmeye daveti üzerine usulüne uygun şekilde teminatını sunan ve davete iştirak eden istekli ile sözleşme imzalanması safhasına geçilir. Bilindiği üzere yapılan tüm ihalelerin gayesi bir sözleşmeye bağlanmasıdır. 4734 sayılı Kanunun 46. maddesinde yapılan düzenleme çerçevesinde; kamu ihale sözleşmeleri idare tarafından hazırlanmakta olup ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanmaktadır. Davete iştirak ederek usulüne uygun teminat sunan istekli ortak girişim ise ihale sözleşmesi bu ortak girişime ait tüm ortaklar ile imzalanmaktadır. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde özel bir hüküm ile noter tasdiki belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescil edilmesi ve onaylatırılması mecburi değildir.

Önemle belirtmelidir ki ihale dokümanında belirlenen koşullara uygun olmayan bir sözleşme düzenlenmesi mümkün değildir. Sözleşme tarafların imzası ile kurulmakla birlikte 4734 sayılı Kanun 47. madde hükmüne bağlı olarak ihalelerin sonucu KİK’ e en geç beş gün içerisinde bildirilerek Kanun dâhilindeki ihaleler KİK tarafından Kamu İhale Bülteninde yayımlanır.

4.8. Kamu İhale Sözleşmelerinin Şekli

Kamu İhale Kanunumuzda bulunan ve daha öncesinde de değindiğimiz üzere gerçekleştirilen her ihale neticesinde bir sözleşme yapılmaktadır. Borçlar Kanunumuzun benimsemiş olduğu irade serbestliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak hukukumuzda sözleşme yapmak için özel bir şekil koşulu bulunmamaktadır¹⁰². Fakat kamu ihale mevzuatımız çerçevesinde kamu ihale sözleşmelerinin yazılı yapılması zorunluluk teşkil

¹⁰¹ Danıştay 13. Dairesi 2009/2522 E., 2013/3645 K. sayılı ve 13.12.2013 tarihli kararı.

¹⁰² Aynı yönde; DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.74; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler., s.267; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.138; Cevdet YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Deta Basım Yayın Dağıtım, 5. Baskı, İstanbul, 1997.

etmektedir.

Kanunda bulunan düzenleme çerçevesinde ihale sözleşmeleri KİK' in yayınladığı uygulama yönetmelikleri ekinde bulunan tip sözleşme taslaklarına bağlı olarak idareler tarafından düzenlenmektedir¹⁰³.

Kamu ihale sözleşmeleri yalnızca sözleşme metninden oluşmamakta ihale dokümanları da sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda ihaleye çıkılırken ihale dokümanı adı altında istekli olabileceklere verilen İdari Şartname, Teknik Şartname ve Uygulama Projesi gibi idare tarafından tanzim edilen belgeleri sözleşme kapsamında kabul edilmelidir.

Daha öncesinde de değindiğimiz üzere; 4734 sayılı Kanunda yapılan düzenleme çerçevesinde ihale sözleşmelerinin noter tarafından tasdik edilmesi zorunluluk teşkil etmemekle birlikte idareler tarafından ihale dokümanında noterden tasdik edilmesine ilişkin hüküm bulundurulması halinde idare tarafından hazırlanan sözleşmenin geçerlilik kazanması maksadı ile noter tasdikinin yapılması gerekmektedir.

¹⁰³DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.74.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERME HALLERİ

1. GENEL OLARAK

Daha önceki başlıklarda değindiğimiz gibi kamu ihale sözleşmeleri; gerek idare hukuku gerek özel hukuk açısından büyük öneme sahip ve ülkemiz mevzuatında uygulanacak hukuksal rejim ve yorumlanması açısından kamu yararının gözetilmesi gerekliliği ile sözleşme taraflarının eşitliği yönlerinden farklı değerlendirilmektedir. Kanaatimizce tek başına idare hukuk veyahut özel hukuk rejimine tabi tutulması mümkün olmayan iki hukuk dalı arasında karma ve özel nitelikteki kamu ihale sözleşmelerinin sonlanma nedenleri ve sonuçları açısından da bu niteliğini devam ettirmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinin bu özelliği uygulamada tereddütlerin yaşanmasına sebebiyet verdiği kadar yasal düzenlemelerin gelişimine de katkı sağlamıştır.

Bu nedenle 4735 sayılı Kanunun uygulamasına değinmeden önce 2886 sayılı yasa da düzenlenen sona erme nedenlerine kısaca değinmekte fayda vardır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki; 2886 sayılı Kanunun düzenlemesinde 4735 sayılı Kanun kapsamında kullandığımız yüklenici kavramı yerine müşteri ve müteahhit kavramları kullanılmaktadır. Bu bağlamda 2886 sayılı Kanunda yer alan düzenleme çerçevesinde ihale sözleşmesinin sona erme halleri; müteahhit veya müşterinin sözleşmenin bozulmasına neden olması, müteahhit veya müşterinin sözleşmeyi izinsiz devri, müteahhit veya müşterinin ölümü, iflası, ağır hastalık, tutukluluk ve mahkumiyet hallerinde ihale sözleşmesinin bozulacağı hüküm altına alınmıştır. Sözleşmenin bozulması neticesinde bozulma nedenlerine bağlı olarak kesin teminatın gelir kaydedilmesi, tasfiyenin genel hükümlere göre yapılması, zarar tazmini ve yasaklama işlemleri 4735 sayılı Kanun ile

benzerlik göstermektedir. Fakat 2886 sayılı Kanun hükümleri incelendiğinde ihale süreci ve ihaleye ilişkin hükümler ile sözleşmeye uygulanacak hükümler bir arada verildiği ve sözleşmenin sona ermesi hallerine kısa bir şekilde değinildiği ve yüklenicinin mali aczi, yasak fiil ve davranışlarda bulunması hükümleri gibi birçok hususa yer verilmediği anlaşılmaktadır. Dolayısı ile bu durumun 4734 sayılı Kanun ile 4735 sayılı Kanunu çıkartılmasına yardımcı olan sebeplerden biri olduğu kanaatindeyiz.

4735 sayılı Kanunda yer alan sona erme halleri ise; sözleşmenin izinsiz devri, yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, mahkûmiyeti, mali acz içinde olması ve yasak fiil ve davranışlarda bulunmasıdır. Bu sona erme halleri ve bu hallerin hüküm ve sonuçları incelendiğinde; yüklenicinin ölümü söz konusu ise kesin teminatın mirasçılara verileceği düzenlenirken, yüklenicinin iflası halinde kesin teminatın gelir kaydedildiği gibi fesih nedenlerine bağlı olarak feshin farklı hüküm ve sonuçlar doğurduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁴. Bunun yanı sıra yine yasa sistematığı incelemesinde ihale sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin olarak yüklenicinin sözleşmeyi feshine ilişkin yalnızca mali acz durumu düzenlenmiş olmak ile birlikte ağırlık olarak idarenin ihale sözleşmesini feshetmesine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir.

Dolayısıyla 4735 sayılı Kanunda yer alan düzenleme çerçevesinde yükleniciden kaynaklanan fesih nedenleri ve bu nedenlere bağlı olarak feshin hüküm ve sonuçları üzerinde ayrı ayrı ve Borçlar Kanunu genel hükümleri çerçevesinde fesih nedenleri ve bu nedenlere bağlı olarak feshin hüküm ve sonuçları üzerinde ayrı ayrı açıklama yapmak gerekmiştir.

¹⁰⁴ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, Türk İdare Hukuku, s.514-515.

2. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNDA BULUNAN SONA ERME HALLERİ

2.1. Kamu İhale Sözleşmesinin İzinsiz Devri

2.1.1. Genel Olarak

Sözleşmeler; kural olarak sözleşme ilişkisi kuran taraflar arasında geçerli olup sözleşme tarafları ile devam etmektedir. Fakat bu kural mutlak bir kural olmayıp hukukumuzda 6098 sayılı Borçlar Kanunumuzun 205. maddesi ile sözleşmenin devri hususu mümkündür¹⁰⁵. Bu hüküm gereğince sözleşmenin devri; sözleşme ile devredene ait olan tüm hak ve yükümlülüklerin devralana geçtiği, sözleşmeyi devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraf arasında gerçekleştirilen anlaşma olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamadan yola çıkılarak Borçlar Hukuku sistemimizde sözleşmenin devrini üç tarafı olan bir akit olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır¹⁰⁶. Devir anlaşmasının şekline ilişkin düzenleme 6098 sayılı TBK' nin 205 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında düzenlenmiş olup bu düzenleme çerçevesinde devir anlaşmasının şekli, devredilen sözleşmenin şekline bağlı olduğu kabul edilmiştir¹⁰⁷.

Sözleşme taraflarının değişmesine olanak sağlayan sözleşmenin devri müessesesi kamu ihale sözleşmeleri içinde mümkün olmakla birlikte bu hususta 4735 sayılı Kanunun 16. maddesinde daha özel bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme gereğince; kamu ihale sözleşmeleri mecburi durumlarda ihale yetkilisinin yazılı izninin bulunması şartı ile kamu ihale sözleşmesinin devri mümkün kılınmıştır.

Daha öz bir şekilde açıklamak gerekirse sözleşmenin devri; sözleşme tarafı olan yüklenicinin taraf sıfatının sona ermesi ile sözleşme taraflarından birinin değişmesi halidir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki; Kamu İhale Genel Tebliğinin 27. maddesinde belirtildiği üzere; isim ile statü değişikliği sebebi ile gerçekleştirilen devirler

¹⁰⁵ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1255 vd. ; Berna ÖZTÜRK, 'Sözleşmenin Devri', Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yıl:2016 Sayı: 125 s. 263-296., s.264., Erişim sağlanan web adresi : <http://tbdbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-125-1590> E. T.: 30.04.2021.

¹⁰⁶ M. Kemal OĞUZMAN, M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, 13.Baskı, İstanbul, 2017, s.630.

¹⁰⁷ OĞUZMAN, ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, s.631.

sözleşmenin devri anlamına gelmemektedir. Kamu ihale sözleşmeleri açısından sözleşmenin devri müessesesi yukarıda değindiğimiz mevzuat çerçevesinde mümkün kılınmış ise de yasa koyucu devir için belirli koşulların gerçekleşmesini zorunlu kılmıştır. Söz konusu koşulların sağlanmaması halinde gerçekleşen devir sebebi ile idare tarafından sözleşme feshedilerek ve yüklenicinin ihalelere katılmaya yasaklanmasına karar verilmektedir. Bu bağlamda kamu ihale sözleşmelerinde devir koşullarını açıklamakta fayda vardır.

2.1.2. Kamu İhale Sözleşmesinin Devir Şartları

4735 sayılı Kanununun 16. maddesinde yapılan düzenleme ile kamu ihale sözleşmelerinin devrinin mümkün olduğunu belirtmiştik. Kanunun emredici hüküm niteliğindeki bu hükmü ihale sözleşmelerinin devri müessesine ilişkin olarak bir takım koşullar altında mümkün kılınmıştır. Bu koşullar;

- *Mecburi hallerin oluşması,*
- *İhale yetkilisi tarafından yazılı izin verilmesi,*
- *Sözleşmeyi devir alacaklarda ihalede belirlenen koşulların bulunması,*
- *Devreden ve devir alan kişilerin üç yıl içinde başka bir sözleşmeyi devir almamış olmalarıdır*¹⁰⁸.

Kamusal bir ihtiyacın sağlanmasını konu edinmesi dikkate alındığında belirlenen bu koşullar kamu yararı gözetilmesi maksadı ile verilmiş olup sözleşmenin ifa ile sonuçlanmasına yöneliktir. Dolayısıyla Yasa ile belirlenen bu koşulları sağlamaksızın gerçekleştirilen devirler izinsiz devir olarak kabul edilmekte ve ihale sözleşmesinin feshine sebebiyet vermektedir.

¹⁰⁸ Erdal KULUÇLU, ‘Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri’, Sayıştay Dergisi, Yıl:2003 Sayı: 49 s. 99-115., s.103..

2.1.3. 7161 Sayılı Kanun İle Getirilen Kamu İhale Sözleşmelerinin Devri

7161 sayılı Vergi Kanunları İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun¹⁰⁹ 32. maddesi ile 4735 sayılı Kanuna eklenen geçici 4. madde ile kamu ihale sözleşmelerinin devri yönünden özel bir düzenleme yapılmıştır. Bu bağlamda; üretim girdilerinin fiyatlarında gerçekleşen beklenmedik artışlar sebebi ile sözleşmenin feshedilerek tasfiyesi veya devrine karar verilebilmektedir.

Söz konusu düzenleme çerçevesinde sözleşmenin devredilmesinin şartları;

- 31.08.2018 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan ve söz konusu düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden bir sözleşme olması,
- Düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki altmış(60) gün içerisinde yüklenicinin idareye yazılı başvuru yapması,
- Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşü ile idarenin onay vermesi ve
- Devir alacak olan kişinin ihale dokümanı ve sözleşmede yer alan koşulları sağlamasıdır.

Önemle belirtmek gerekir ki; yüklenicinin ortak girişim olması halinde ortaklar arasında devir veya hisse devirlerinde ilk ihaledeki yeterlik koşullarını sağlanması zorunlu değildir. Bu düzenlemeye ilişkin olarak; tek başına ihale yeterlik şartlarını taşımayan bir firmanın sözleşmeyi üstlenmesine ve ihaleden yaralanmasına sağlamış olduğu, bu durumun ihale yeterlik şartlarını taşımayan bazı firmalara ayrıcalık tanınmasına yol açtığı, yeterlik şartlarını taşımayan firmalara ihaleleri sözleşme devri yoluyla üstlenme yetkisinin tanınmasının Anayasaya aykırılığı sebebi ile iptali talep edilmiştir. Fakat Anayasa Mahkemesinin 2019/32 E., 2021/54 K. sayılı ve 22.12.2021 tarihli kararı¹¹⁰ ile düzenlemenin ‘...ortak girişimler açısından önceden beri sözleşmenin tarafı olan bir ortak ile işe devam edilmesini sağlamak amacıyla ortakların kendi aralarında sözleşmeyi devredebilmelerini kolaylaştırmıştır. Bu suretle ihale konusu işlerde yüklenici

¹⁰⁹ RG. T. 18.01.2019 Sayı:30659.

¹¹⁰ Erişim Sağlanan Web Adresi: <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/54> , ET. 02.01.2022.

değişiminden kaynaklanan sorunların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Öte yandan anılan madde uyarınca ortaklar arasında devir veya hisse devri amacıyla başvuru yapılması durumunda, devir için Hazine ve Maliye Bakanlığının olumlu görüşünün alınması ve idarenin onay vermesi gerekmektedir. Bu itibarla devir tarihi itibarıyla, devir alacak ortağın ilk ihaledeki yeterlik şartlarını taşıması gerekmemele birlikte Hazine ve Maliye Bakanlığı ile idare tarafından yapılacak değerlendirme sırasında ihale konusu işin kalan kısmının tamamlanması için gerekli mali, teknik ve mesleki yeterliğe sahip olup olmadığı araştırılabilecektir. Bir başka deyişle, devir işleminin gerçekleşmesi durumunda devir alan ortağın işi bitirme yeterliğinin bulunup bulunmadığı ve bu devrin sözleşmenin uygulanmasına olası etkileri incelenerek ilgili idarelerce bir karar verilecektir. Bu itibarla, yüklenimi ortak girişim tarafından yürütülen kamu ihale sözleşmelerinde ortaklar arasında devir veya hisse devirlerinde ilk ihaledeki yeterlik şartlarının aranmayacağına ilişkin kural, anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda kamu yararı dışında bir amacın gözetildiği söylenemeyeceği' hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce de yapılan düzenlemedeki amaç süratli bir biçimde karar alma ve kamu yararının gözetilmesinden kaynaklıdır.

Bu düzenleme neticesinde devredilen veya feshedilen sözleşme sebebi ile yüklenicinin idareye teslim etti teminat iade edilir. Aynı şekilde sözleşme devir tarihine değin yüklenici tarafından gerçekleştirilen işe ait bedel kendisine ödenmektedir. Bu ödeme haricinde yüklenicinin idareden herhangi bir hak talebinde bulunması mümkün değildir. Yine yüklenici tarafından, sözleşmeye konu iş için gerekli ve idare tarafından talep edilen can ve mal güvenliği ile yapı güvenliğine yönelik tedbirlerin alınması şarttır. Nihayetinde bu düzenleme çerçevesinde devredilen sözleşmeden damga vergisi alınmamaktadır.

2.1.3. Kamu İhale Sözleşmelerinin İzinsiz Devrinin Hüküm ve Sonuçları

Devir şartlarına ilişkin olarak değindiğimiz koşulların sağlanması halinde hukuki süreç gereği devir sağlanmış olur. Bu bağlamda devir tarihi; sözleşmeyi devralan kişi olan yüklenici kesin teminat vermesi şartı ile noterin onaylama işlemini gerçekleştirdiği tarih olarak kabul edilir.

Fakat ön görülen devir koşullar sağlanmaz ise gerçekleşen devir izinsiz olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda 4735 sayılı Kanunun 20, 22 ve 26. madde hükümleri gereğince izinsiz devredilen kamu ihale sözleşmesinin hüküm ve sonuçları aşağıdaki sıralanmıştır.

- İzinsiz devrin tespit edilmesi üzerine Kamu İhale Sözleşmesi tespit tarihi itibari ile feshedilmiş kabul edilir. İzinsiz devrin tespit tarihini takip eden yedi gün içerisinde idarece sözleşmenin feshi kararı alınır. Fesih kararı beş gün içerisinde yükleniciye bildirilmektedir.
- İhale sözleşmesini izinsiz devralan ve devredenler ilişkin olarak devir tarihinden itibaren 3 sene içinde devredilen veya devralınan ihale sözleşmeleri feshedilir.
- Teminatlar Üretici Fiyat Endeksine(ÜFE) bağlı olarak güncellenmek sureti ile yükleniciden tahsil edilir.
- İdare uğradığı diğer zararlara ilişkin yükleniciden ayrıca talepte bulunma hakkına sahiptir.
- İzinsiz devreden yükleniciye ilişkin olarak geçici yasaklama işlemleri gerçekleştirilir.

2.2. Yüklenicinin Ölümü, İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluğu veya Mahkûmiyeti

2735 sayılı Kanununun 17. maddesi altında fıkralar halinde düzenlenen bu fesih sebepleri sözleşmenin ifasına engel teşkil etmekle birlikte yüklenicinin ölümü, ağır hastalığı, iflası, mahkûmiyeti ya da tutukluluğu hallerinin tümü gerçek kişi yükleniciler için söz konusu olurken yalnızca iflas hali hem gerçek hem tüzel kişi yükleniciler için söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu başlık altında bulunan fesih sebepleri gerçek kişilere

ilişkin borçlar ve medeni yasada düzenlenen bazı halleri kamu ihale sözleşmelerinin kamu hizmetinin önceliği sebebi ile sınırlandırılmakta olup hüküm ve sonuçları yönünden farklılık göstermesi sebebi ile ayrı başlıklar altında açıklama yapma gerekliliğini doğurmuştur.

2.2.1.Yüklenicinin Ölümü

Gerçek kişilerde kişiliğin sonlanma hali olarak kabul edilen ölüm halinde, 4735 sayılı Kanunun 17. maddesinde kapsamında; yüklenicinin ölümü durumunda ihale sözleşmesi feshedilmekte ve genel hükümlere göre yapılacak hesap üzerinden tasfiyesi gerçekleşmekte teminatlar ve yükleniciye ait alacaklar mirasçılara verilmektedir. Fakat yüklenicinin mirasçılarının

- İhale dokümanı ile belirlenen koşulları taşıması,
- Sözleşmeyi devam ettirme yönünde idareden talepte bulması,
- Sözleşme tarafı olan idarenin bu hususu uygun bulması ve
- Ölüm tarihinden itibaren 30 gün içerisinde ek teminatlar ve sözleşme taahhüdünün

tümünü içeren kesin teminatı idareye sunmaları halinde ihale sözleşmesi kendilerine devredilebilir.

Yüklenicinin ortak girişim olması durumunda ortaklardan birinin ölümü ise ortağın pilot veya koordinatör ortak olup olmamasına göre ayrı sonuç doğurmaktadır. Şöyle ki;

Ortak girişimin pilot veya koordinatör ortağının ölmesi durumunda; 4735 sayılı Kanun 17. madde hükmü çerçevesinde sözleşme feshedilerek kesin teminat ve diğer alacaklar mirasçılara devredilir. Ancak ölüm halinin meydana gelmesinden itibaren 30 gün içerisinde özel ortakların idareye başvurarak pilot veya koordinatör ortağın teminat dâhil tüm yükümlülüklerini yerine getireceğini bildirmesi üzerine sözleşme yeni ortak girişime devredilmesine karar verebilir.

Pilot veya koordinatör ortak haricindeki ortakların ölümü durumunda ise doğrudan sözleşmenin feshi yoluna gidilmemektedir. Öncelikle diğer ortağın kesin teminat ile

sözleşmeden kaynaklı diğer tüm yükümlülükleri yerine getirmeyi taahhüt etmesi halinde kamu ihale sözleşmesi yeni ortaklığa devredilmek sureti ile devam etmektedir¹¹¹.

İnşaat işlerine ait ihalelerde olarak yüklenicinin ölümü haline ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.07.1973 tarih, E:71-T-405, K:599 sayılı ilamında¹¹²; *‘müteahhidin şahsının sözleşme konusu iş için önemli olup olmadığına bakılarak, sözleşme konusu işin ölen gerçek kişi yüklenicinin şahsından bağımsız bir iş olması halinde, yüklenicinin ölümü ile sözleşme sonlanmayacak, mirasçılar ile ihale konusu işe devamı sağlanarak bitirilmesi gerekeceği’* yönünde hüküm tesis etmiştir.

Yukarıda ifade edildiği üzere tüzel kişiler yönünden ölüm hali söz konusu olmadığından tüzel kişiler yönünden dikkat edilecek durum kişiliğin sonlanması halidir. Tüzel kişi şirketin sona ermesi, tasfiye süreci sonunda gerçekleşmekte olup tasfiye sürecindeki şirket yönünden kamu ihale sözleşmesinin ifasını gerçekleştirme yönünden aciz hale geldiğinden sözleşme imkânsızlık sebebi ile feshedilmesi söz konusu olacaktır¹¹³.

2.2.2. Yüklenicinin İflası

İflas; yetkili ticaret mahkemesine yapılan borca batıklık bildiriminin mahkeme tarafından yapılacak yargılama neticesinde yapılan tespit üzerine verilen mahkeme ilamı

¹¹¹ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, 127; MUSTAFA KEMER, 4735 Sayılı KİSK Kapsamında Yapım İşleri, Ankara, Sözkesen Matbaası, 2004, s.24

¹¹² “BK. nun 371. maddesi müteahhit öldüğü takdirde müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış olan mukavelenin münfesi olacağını göstermektedir. Olayda böyle bir durum olmadığına ve müteveffa müteahhit lalettayın bir inşaatı taahhüt etmiş bulunduğuna göre ölümü akdin bozulmasını gerektirmez. Genel Şartnamenin 44. maddesi müteahhidin ölümü halinde idareye, ölen müteahhidin mirasçılarını veya şeriklerini işe devam ettirip ettirmemek noktasında bir Muhayyerlik tanımıştır. Bu maddede sözü edilen geri verme hususu ancak aynı şartnamenin 40. maddesinde yazılı olduğu üzere müteahhidin hayatta iken yaptığı işlerden dolayı ilişkisi bulunmuyorsa teminatın mirasçılara iade edileceğine ilişkindir. Başka bir deyimle 44. Madde müteahhidin ve dolayısıyla onun fiilini garanti etmiş olan davalı bankanın sorumluluğunu bertaraf eder bir nitelik taşımamakta ve BK. nun 371. maddesini tadil eder mahiyette bulunmamaktadır. HUMK. nun 287. maddesinde yazılı bir delil mukavelesi şeklinde olan genel şartnameye idarenin Aleyhine böyle bir değiştirme maddesi koyduğu düşünülemez.” YHGK. 4.7.1973, E:71-T-405, K:599 sayılı ilamı., Mehmet KARACA, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.97, BİLİR, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, s.161 .

¹¹³ KARACA, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi , s.94; BİLİR, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi., s.162.

ile iflasına karar verilen kişiye ait haczi mümkün olan bütün mal varlığının paraya çevrilmesi sureti ile alacaklıların alacağını tahsil etmesini sağlayan bir icra yolu olarak kabul edilir¹¹⁴. İflas durumunda müflisin tüzel kişiliği Türk Medeni Kanunun 52.maddesi çerçevesinde tasfiye maksadı ile kısıtlı olacak şekilde tasfiye esnasında da devam etmektedir. Lakin müflisin gerçek kişi olması durumunda ise haczedilebilir malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi iflas masasına geçmektedir¹¹⁵. İflas sürecinde müflislere yönelik yasal süreç; kamu ihale sözleşmelerinde ifanın gerçekleşmesine engel teşkil etmesinden ötürü sözleşmenin yükleniciden kaynaklı fesih hali olarak kabul görmüştür¹¹⁶. Bu hali ile iflas kamu ihale sözleşmeleri için kuşkuyla yer vermeyen ve kesin bir fesih sebebi olduğu kabul edilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, iflas halinin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda direk olarak fesih halleri içerisinde düzenlenmesi; idarenin değil, kamusal ihtiyaç ve kamu yararının üstün tutulmasından kaynaklanmaktadır. Bu hali ile kamu ihale sözleşmeleri adeta Borçlar Kanunu çerçevesinde akdedilen bir sözleşme gibi iki tarafı özel hukuk kişisi olan sözleşmeler ile aynı şekilde değerlendirilmiştir¹¹⁷.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 20-22. maddeleri çerçevesinde *yüklenicinin iflası ile ihale sözleşmesi idare tarafından ayrıyeten protesto çekmeye ihtiyaç olmaksızın teminatlar irat olarak kaydedilir, sözleşme feshedilir ve hesabı genel hükümlere bağlı olarak tasfiye gerçekleştirilir. Sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin maruz kaldığı zarar ve ziyan yükleniciye ayrıca tazmin ettirilir.* şeklinde düzenlenmiştir. Kanunda yer alan bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere İflas durumunda idarenin sözleşmenin fesih bildirimi kurucu değil açıklayıcı bir bildirim olacaktır¹¹⁸.

Yasaklamaya sebebiyet veren hallerden bir olarak 4735 sayılı Kanununun 25. madde f. bendi gereğince; *‘Mücbir sebepler haricinde sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine*

¹¹⁴ Hakan PEKCANITEZ, Oğuz ATALAY, Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN, Muhammet ÖZEKES, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 2013, s.613 ve s.664.

¹¹⁵ PEKCANITEZ, , İcra ve İflas Hukuku, s.328

¹¹⁶ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi, s.123.

¹¹⁷ BİLİR, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, s.164.

¹¹⁸ KARACA, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi, s.94 .

uyacak şekilde taahhüdünü yerine getirmemek.' haline yer verilmiştir. İflas halinde de yüklenici mücbir sebep hali olmaksızın sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmediği düşünüldüğünde yüklenicinin iflası halinde de yasaklama işleminin yapılacağı sonucuna varılması olağandır. Fakat yasa koyucu bu durumun önüne geçerek Kanununun 17. maddesi b. bendine bulunan iflas eden yüklenici hakkında ayrıca bir yasaklama işleminin hariç tutulacağına dair hükmü çerçevesinde yüklenicinin iflası halinde yasaklama işleminin uygulanmasını bertaraf etmiştir¹¹⁹.

2.2.3.Yüklenicinin Ağır Hastalığı, Tutukluğu veya Mahkûmiyeti

4735 sayılı Kanunun 17. madde c bendinde bulunan düzenleme çerçevesinde gerçek kişi yüklenicilerin taraf olduğu kamu ihale sözleşmeleri yönünden fesih nedeni olarak kabul edilir. Kanunda belirlenen bu haller, yüklenicinin ağır hastalık hali, yükleniciye yönelik tutuklama güvenlik tedbirinin uygulanması veyahut hükmü kesinleşmiş bir cezadan mahkûm edilmesidir. Söz konusu durumlarda yüklenicinin sözleşmeden kaynaklı taahhüdünü yerine getirememesi üzerine bu halin ortaya çıktığı tarihten itibaren otuz gün içerisinde yüklenici, ilgili idarenin rıza göstereceği bir vekil atamak sureti ile sözleşmeye devam edebilir. Yüklenicinin isteği ile veyahut elinde olmayan sebepler ile vekil tayin edilme durumu olmaz ise ilgililer tarafından aynı süre içerisinde yasal temsilci tayinini talep edebilmesi sureti ile de sözleşmeye devam edilebilir. Fakat her koşulda yüklenici adına bir vekilin tayin edilememesi durumunda sözleşme feshedilmektedir

Sözleşmenin feshedilmesi süreci Kanunun 20-22. maddeleri çerçevesinde yüklenici hakkında yasaklama işlemi yapılmaksızın teminatlar gelir kaydedilmek ve sözleşme feshedilmek sureti ile genel hükümlere göre tasfiye edilir. Kamu ihale sözleşmesine taraf idare ayrıyeten, sözleşmenin feshedilmesi sebebi ile uğradığı zarar ve ziyan yükleniciden tazmin etmektedir.

Kanunun düzenlemesine bakıldığında sözleşmenin ifasının imkânsız hale gelmesinde yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan ölüm ve ağır hastalık halleri ile sözleşmenin

¹¹⁹ KARACA, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi, s.96.

ifasının imkânsız hale gelmesinde yüklenicinin kusurundan kaynaklanan mahkûmiyet hallerine ilişkin olarak hakkaniyet ilkelerine aykırı olarak aynı hukuki sonuçlara tabi tutulduğu görülmektedir. İflas, tutukluluk ve mahkûmiyet haline ilişkin olarak doktrinde her iki halinde yüklenici kusurundan kaynaklanan haller olduğu görüşü mevcuttur¹²⁰. Bu görüşe katılmamaktayız. Zira tutukluluk haline dayanak teşkil eden tutuklama işlemi yargılama esnasında suçluluğu henüz tespit edilmemiş kişi hakkında uygulanan koruma tedbiri¹²¹ olarak verilmektedir. Masumiyet karinesi¹²² çerçevesinde yüklenici hakkında uygulanan tutuklama koruma tedbirinden ötürü yüklenicinin kusurlu kabul edilmesi haksızlık teşkil edecektir. Bu nedenle 4735 sayılı Kanunda yüklenicinin tutukluluk haline bağlanan hukuki sonuçların doğru bulmaktayız.

Yüklenicinin ortak girişim olması durumunda ortaklar arasından birinin tutukluğu, ağır hastalığı ve mahkûmiyet halinde yüklenicinin ölümü halindeki düzenleme ile aynı şekilde hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Bu bağlamda tutukluğu, ağır hastalığı ve mahkûmiyet hallerin meydana gelmesinden itibaren 30 gün içerisinde özel ortakların idareye başvurarak pilot veya koordinatör ortağın teminat dâhil tüm yükümlülüklerini yerine getireceğini bildirmesi üzerine sözleşmenin yeni ortak girişime devredilmesine karar verilebilir. Ancak pilot veya koordinatör ortak haricindeki ortakların tutukluğu, ağır hastalığı ve mahkûmiyeti halinde doğrudan sözleşmenin feshi yoluna gidilmez. Öncelikle diğer ortağın kesin teminat ile sözleşmeden kaynaklı diğer tüm yükümlülükleri yerine getirmeyi taahhüt etmesi halinde kamu ihale sözleşmesi yeni ortaklığa devredilmek sureti ile devam etmektedir¹²³.

¹²⁰ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi.,s.125 ; BİLİR, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, s.165.

¹²¹ Yener ÜNVER, Hakan HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 9. Bas., Ankara, 2014, s.327 ; ‘... Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek ve sonuçta verilen kararların uygulanabilmesini sağlamak amacıyla başvurulması gereken tedbirlere koruma tedbiri denilmektedir.’

¹²² Yener ÜNVER, Hakan HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.19; ‘... Bir kimsenin suçluluğunun kesinleşmiş yargı kararıyla ispat edilmiş olmasına kadar, o kişinin suçsuz olduğu varsayılacaktır.’

¹²³ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi.,s.127.

2.3. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması

2.3.1.Genel Olarak

Yüklenicinin mali acz hali durumunda sözleşmenin feshi ile ilgili hüküm ve sonuçlara ilişkin düzenleme 4735 sayılı Kanunun ‘Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi’ başlıklı 19.maddesi ile yapılmıştır. Bu madde hükmünde belirtildiği üzere; ihale sözleşmesi kurulmasından sonraki süreçte ortaya çıkabilecek bir mücbir sebep hali haricinde yüklenicinin mali acz içinde olması sebebi ile sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getiremeyeceğini yazılı olarak idareye bildirmesi üzerine; ayrıyeten protesto çekmesine ihtiyaç olmaksızın teminatlar irat kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere çerçevesinde tasfiye işlemleri gerçekleştirilir.

Yüklenicinin mali acz haline ilişkin olarak Kanunda ‘Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi’ şeklinde düzenleme yapılmışsa da sözleşmeyi fesheden taraf yönünden doktrin de farklı görüşler mevcuttur. Bir kısım yazarlar tarafından yükleniciye fesih hakkı tanınmadığı görüşü savunulmaktadır¹²⁴. Bu görüş çerçevesinde; her ne kadar başlıkta yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi şeklinde düzenlenmiş ise de Kanun madde metnine bakıldığında yasa koyucu yükleniciye sözleşmeyi yerine getirmekten acz hale geldiğine ilişkin idareyi bilgilendirmesine yönelik bir yetki verildiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda mali acz bildiriminin sözleşmeyi fesih iradesi taşımadığı yasa da bulunan düzenlemenin de açık bir şekilde idarenin ayrıyeten protesto çekmeye gerek olmaksızın teminatları irat olarak kaydedilmek sureti ile sözleşme feshedilir ve hesabın genel hükümler çerçevesinde tasfiye etme işlemlerine ilişkin olarak idarenin yetkili olduğunu savunmaktadır. Diğer bir kısmın görüşüne¹²⁵ göre ise yüklenicinin mali acz haline ilişkin

¹²⁴ BİLİR Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi; ‘...söz konusu hükmün başlığı her ne kadar “yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi” olarak düzenlenmişse de, esasen burada yüklenici, mali acz içinde olduğunu kanıtlayan bilgi, belge ve gerekçelerini idareye sunmakta ve idare tarafından gerekirse sözleşme feshedilmektedir. Başka bir ifade ile anılan maddeye göre sözleşmeyi fesheden taraf yüklenici değil, idare olmaktadır...’ ; Aynı şekilde DEMİRBOĞA; ‘...4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Yasasının “Yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi” başlıklı 19 uncu maddesi sözleşmeyi sona erdirmeye konusunda yükleniciye bir yenilik doğurucu hak sağladığı izlenimi göstermektedir. Ancak bu yanıltıcıdır. Anılan maddede, yükleniciye kendi malî durumunu ve bunun sözleşmenin ifa edilmesindeki engel teşkil eden yönünü bildirmekten başka bir yetki tanınmamıştır...’ şeklinde görüşlerini açıklamaktadır.

¹²⁵ KARACA; ‘...Müteahhit bu hükme dayandığını ileri sürerek sözleşmeyi feshettiğin yazılı olarak iş sahibine bildirmekle sözleşme sona erecektir. Artık bu durumda iş sahibi için pratikte yapılabilecek bir şey

bildirimine karşı idarenin sözleşmeyi feshetme dışında yetkisi bulunmadığını ve bu sebeple de mali acz halinin yüklenici tarafından sözleşmeyi feshedilmesi hali olduğu kabul görmüştür.

Kamu hizmet ve yararlarının öncelik ve önemi durumu dikkate alınarak yüklenicinin sözleşmeyi ifa etmesi öncelikli gaye olarak kabul edildiğinden yüklenicinin mali acz sebebi ile sözleşmenin feshedilmesi belirli koşullar altında gerçekleşmekte olup bu koşulları ayrı ayrı incelemekte fayda vardır.

2.3.2. Şartları

2.3.2.1. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması

Borçlar Kanunumuzda ifa güçsüzlüğü olarak düzenleme yapılması yoluna gidilen mali acz kavramı bir maddi hukuk kavramıdır. En yalın hali ile açıklamak gerekirse mali aczi; sözleşmenin bir tarafının sözleşmeden kaynaklı muaccel olan borçlarının ifasını sağlamak maksadı ile gerekli ve yeterli parasal veyahut ekonomik güce sahip olamaması durumudur¹²⁶. Bu bağlamda mali acz içerisinde olan tarafın yalnızca muaccel borçlara ilişkin ödeme güçlüğü çekmesi değil doğabilecek borçları yönünden de ödeme yapamaması hali olarak kabul edilir¹²⁷.

Yasa koyucu 6098 sayılı Kanunun 98. maddesinde mali acz haline; *sözleşme taraflarından birinin iflası veyahut bu kişiye yapılan haciz işlemi neticesinde bir şey elde edilememiş olması* hallerini örnek olarak göstererek bu durumda sözleşmenin diğer tarafına karşı edimin ifası teminat altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından

yoktur; iş sahibi ileri sürülen gerekçenin gerçek olmadığını ispat etse ve müteahhide sözleşmenin aynen ifası için yazılı istekte bulunsa dahi sonuç değişmeyecektir...'; Aynı şekilde; Sadettin DOĞANYİĞİT, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2021, s.1538: '*...Yüklenici, mali açıdan acz içinde bulunduğunu ve taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde idarenin sözleşmeyi feshetmemek gibi bir inisiyatifinin olmadığını düşünüyoruz...*' şeklinde görüşünü açıklamaktadır.

¹²⁶ Nesrin Akın SUNAY, 'Kentsel Dönüşüm Uygulamaları Kapsamında Akdedilen Arsa Payı Karşılığı İnşaat sözleşmelerinde Karşılaşılan Hukuki Sorunlar Ve Çözümler', İstanbul Barosu Dergisi, Yıl:2019, Cilt: 93, Sayı:2019/2, s.273-291, s.290, Erişim sağlanan web adresi; <https://www.istanbulbarosu.org.tr/baroergisi/files/assets/basic-html/index.html#4>, Erişim tarihi: 05.05.2021; BİLİR, agm., s.151.

¹²⁷ Kenan Tunçomağ, "Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) İle İlgili Objektif Görüşler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 32, Sayı 2-4, s.884-905, 1966, s. 887; DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi.,s.128.

kaçınma ve makul bir süre içerisinde talep ettiği teminat verilmezse sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır.

6098 sayılı Kanunda yapılan örneklemeden yola çıkarak iflasın ertelenmesi ve konkordato mehili verilememesi hallerinin mali acz hali olarak kabul edilemeyeceği söylenebilir. Zira gerek iflasın ertelenmesi¹²⁸ hali gerekse de konkordato¹²⁹ mehili durumlarında şirketlerin mali anlamda ödemeleri yapmakta güçlük çekmekle birlikte mali acz durumunun aksine faaliyetlerine devamın sağlanması ve iflasın önlenmesine imkanı vermektedir¹³⁰.

2.3.2.2. Mali Aczin Sözleşme Yapıldıktan Sonra Meydana Gelmesi

4734 sayılı Kanunun 10. maddesinde yapılan düzenleme çerçevesinde kamu ihalesine katılım sağlamak üzere teklif veren isteklilerin ekonomik ve mali yeterliliğinin elverişli olup olmadığının tespiti maksadı ile isteklilerden;

- Bankalar aracılığı ile isteklinin ekonomik durumunu gösterecek bilgi ve belgeler,
- İstekliye ait bilanço veya bilançonun ilgili bölümleri, bilançonun bulunmadığı hallerde bilanço ile aynı nitelikteki belgeleri ve
- İsteklinin iş büyüklüğünü gösteren cirosu ya da ihalenin konusu olan işe ilişkin cirosunu içeren belgeleri istenebilir.

Bu düzenleme mali durumu elverişli olamayan isteklilerin ihaleye katılımını engelleyerek sözleşmenin uygulanması esnasında üstün kamu hizmetinin aksamasını önlemek üzere yapılmış bir düzenlemedir¹³¹. Bu düzenlemeye bağlı olarak mali acz

¹²⁸ PEKCANITEZ, agm., s.665: 'İflasın ertelenmesi, ticaret mahkemesine, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi hakkında iflas kararı vermekten, belirli koşullarla geçici olarak safinazar etme imkanı veren ve iflasın önlenmesine hizmet eden, geçici hukuki koruma niteliğinde bir kurumdur.'

¹²⁹ PEKCANITEZ, agm., s. 776: '...Bilakis konkordato, borçlunun muhtemel takiplerden de kurutulmasını sağlamaya yönelik, borçlunun borçlarının yeniden yapılandırılmasını ve özellikle iflasların önüne geçmeyi amaçlayan bir müessesedir...'

durumunun ihaleden önce veyahut ihaleye katılım esnasında söz konusu olan isteklilerin ihaleye iştirakini engellenmektedir.

2.3.2.3. Mali Aczin Mücbir Sebep Halleri Dışında Gerçekleşmesi

Mücbir sebep kavramına ilişkin yasa koyucu tarafından genel bir tanımlama yapılmamış ise de doktrin ve yerleşik içtihatların oluşturduğu ortak kanaate göre, ifa esnasında tarafların iradesinden bağımsız olarak ifayı engelleyen öngörülemez ve engellenemez hal olarak tanımlanabilir. Mücbir sebep halinde üzerinde durulması gereken önemli nokta tarafların tamamen kontrolü dışında tahmini ve karşı konulmasının mümkün olamamasıdır. Dolayısı ile mücbir sebep halinde borçlunun borcunu ifa edememesi halinde meydana gelen zarar ile ifa edilememe durumu arasında nedensellik ilişkisi kurulamamaktadır¹³².

Kamu ihale sözleşmeleri bakımından mücbir sebep haline bakıldığında 4735 sayılı Kanunun 10. maddesinde; deprem, sel ve fırtına gibi doğal afetler, kanuni grev, salgın hastalık hali, seferberlik ilanı ve KİK' in belirlediği benzer haller mücbir sebep hali olarak sayılmıştır. Madde devamında ise yüklenicinin sebep olabileceği bir durumdan ötürü gerçekleşmemiş olması, ihale sözleşmesinde bulunan yüklenici taahhüdünün ifa edilmesine engel teşkil etmesi, söz konusu engelin kaldırılmasının yüklenici tarafından sağlanamayacak güçlükte olması gibi yasada sayılmayan özel hallerin yasada bulunan genel düzenleme çerçevesinde yorum yapılmak sureti ile değerlendirilmesine olanak sağlanmıştır.

Mücbir sebep kavramına ilişkin yaptığımız açıklamalar ışığında mali acz haline ilişkin olarak yapılan yasal düzenleme büyük önem arz etmektedir. Şöyle ki; yüklenicinin mali aczi sonucunda sözleşme konusu edimi yerine getirememesi ile arasında fesih açısından yüklenicinin mesuliyetinin bulunduğu neden sonuç ilişkisi söz konusu iken mücbir sebep halinde ise değindiğimiz üzere neden-sonuç ilişkisi kurulmaksızın taraflardan bağımsız öngörülemeyen ve engellenmeyen bir halin varlığı söz konusudur.

¹³² DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.129.

Bu bahisle yüklenicinin mali acz halinin mücbir sebep halleri haricinde bir durum sebebi ile gerçekleşmesi gerekmektedir.

2.3.2.4. Mali Acz Sebebi İle Yüklenicinin Taahhüdünü Yerine Getiremeyeceğini Yazılı Olarak Bildirmesi

Yukarıda değindiğimiz Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 19.maddesi kapsamında yüklenici mali aczini idareye bildirmediği sürece idarenin mali acz sebebi ile resen sözleşmeyi feshetme imkânı bulunmamaktadır¹³³. Bu bağlamda yüklenici sözleşmeden kaynaklı edimlerini ifa edemeyeceğine ilişkin olarak dayanmış olduğu mali acz halini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür. Mali acz halinin yazılı bildirimine ilişkin olarak herhangi bir süre belirlenmemiş ise de dürüstlük kuralları çerçevesinde makul süre içerisinde bildirimin yapılması gerekmektedir.

2.3.3. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hüküm ve Sonuçları

Kanununun 19. maddesinde bulunan düzenleme çerçevesinde; yüklenicinin mali acz haline bağlanan hukuki netice idarenin sözleşmeyi feshetmesidir. Yasa koyucu mali acz halinin feshinin hükümlerini; fesih hükümleri açısından en ağır şekilde hükümler içeren yasak fiil ve davranışlar ilişkin fesih hükümleri ile bir tutarak düzenleme yoluna gitmiştir¹³⁴.

Bu bağlamda mali acz halinin gerçekleşmesi üzerine; yüklenicinin mali aczine ilişkin yazılı bildirimin idareye ulaşmasını takiben idare tarafından yedi(7) gün içinde sözleşmenin feshine ilişkin karar alınarak bu hususta yükleniciye bildirim yapılır. İdarece ayrıyeten protesto çekmeye ihtiyaç olmaksızın teminatlar gelir olarak kaydedilmek sureti ile mali acz haline düşen yükleniciye ilişkin geçici yasaklama işlemleri gerçekleştirilir. İdare tarafından alınan teminatlar, alınma tarihinden itibaren gelir olarak kaydının yapılacağı tarihe değin Türkiye İstatistik Kurumunun(TÜİK) yayımladığı aylık ÜFE

¹³³ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.130.

¹³⁴ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.201.

bağlı olarak düzeltilir. Düzeltilen tutar ile teminat bedelleri arasında tutarı arasındaki fark oluşması halinde bu fark ayrıyeten yükleniciden tahsil edilmektedir.

Bunun yanı sıra tasfiye süreci genel hükümler çerçevesinde gerçekleştirilerek idare tarafından sözleşmenin feshi sebebi ile uğramış olduğu zararı yükleniciden tazmini sağlanır. İdarenin zararından kasıt Borçlar Hukuku çerçevesinde sözleşmenin feshi sebebi ile idarenin kaçırmış olduğu makul fırsatlar ile sözleşmeye konu mal veya hizmetin sağlanması maksadı ile yapılan yüksek maliyetli sözleşmeler sebebi ile meydana gelen zarar olup bu zararın tazmininde görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemeleridir¹³⁵.

2.4. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshi

2.4.1.Genel Olarak

Borçlunun sözleşmeden kaynaklı ifa etmesi gerekli olan edimi zamanında yerine getirmemesi olarak kabul gören temerrüt kavramı; 4735 sayılı Kanunda idarenin sözleşmeyi feshetme halleri arasında düzenlenmiştir. Bu bağlamda 4735 sayılı Kanunun 20. madde, 1. fıkra a bendinde belirlendiği üzere yüklenicinin sözleşme ile yükümlülük altında olduğu taahhüdü; yine sözleşmeye ve ihale dokümanı esaslarına uyacak şekilde ifa etmemesi ya da sözleşme konusu işi belirlenen süre de bitirmemesi hallerinde idare tarafından yükleniciye ihtarla bulunulur. Bu ihtar ile yükleniciye işin bitirilmesine yetecek şekilde minimum on(10) günlük süre verilmektedir. Sözleşme ile belirlenen esaslara uyulmaması sebebi ile idare tarafından verilen bu süreye gecikme cezası uygulamaktadır. İhtara ve verilen süreye rağmen edimin gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda yüklenicinin temerrüde düştüğü kabul edilir.

Kanunda bulunan düzenleme çerçevesinden yüklenicinin temerrüdünü ihale sözleşmesine konu yükümlüğünü gereği gibi yerine getirmemesi hali ve ihale sözleşmesine konu yükümlüğünü süresinde tamamlaması olarak belirtebiliriz. Her halde kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi sonucunu doğuran yüklenicinin temerrüdü halinin

¹³⁵DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tez Çalışması, Ankara, 2013, s.200.

hangi koşullarda gerçekleştiği ile hüküm ve sonuçları aşağıda başlıklar altında açıklanmaya çalışılmıştır.

2.4.2. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin şartları

2.4.2.1. Yüklenicinin Taahhüdünü İhale Dokümanı ve Sözleşme Hükümlerine Uygun Olarak Yerine Getirememesi

Yüklenicinin temerrüdünün tespitinde gerekli hukuki dayanak açısından ihale dokümanı ve sözleşme hükümleri büyük önem arz etmektedir. Zira yüklenicinin edimini ifa etme zamanı ve edimin ne şekilde ifa edileceği gibi hususlar ancak ihale dokümanı ve ihale sözleşmesinde belirlenen esaslar ile tespit edilir. Bu bağlamda söz konusu kavramların açıklanmasında fayda vardır.

Daha öncesinde de değindiğimiz üzere; İhale dokümanı; *ihale konusuna ilişkin olarak ihaleye teklif sunacak kişilere ihaleye ilişkin direktifleri kapsayan idari şartname, teknik şartname, ihale sözleşmesine ait tasarı, ihaleye ilişkin her türlü kayıt, bilgi ve belgeleri kapsamaktadır*. İhale sözleşmesi ise, doğan mal, hizmet veya yapım işine ilişkin olarak doğan kamusal ihtiyacın karşılanmasını yönelik olarak gerçekleştirilen ihale süreci neticesinde ilgili idare ile ihaleyi kazanan istekli arasında imzalanan yazılı sözleşmedir. Bu durumda ihale sözleşmesine konu mal, hizmet veyahut yapım işinin ifasında teknik-idari şartnameler veyahut sözleşmede belirlenen esaslara uygun olarak yerine getirilmemesi halinde temerrüt hükümleri uygulanması gerekmektedir.

Yüklenicinin temerrüdü açısından kriterlerin belirlediği bu kaynakların yanı sıra tip sözleşmelerde belirlenen esaslarda büyük önem arz etmektedir. Zira Kamu İhale Kanunu çerçevesinde tanzim edilen tip sözleşmelerle belirlenen kriterler de kamu ihale hukuku açısından temerrüt haline ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Bu kapsamda örnek vermek gerekirse Yapım İşlerine İlişkin Tip Sözleşmenin 23. maddesi çerçevesinde; yüklenici gerekli teçhizat ve personelini sağlanmaması halinde günlük cezai yaptırım n grmřtr¹³⁶. Günlük cezai yaptırım n gören bu hal ifanın ayıplı olduğunu göstermekle

¹³⁶ Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşmesinin 23. Maddesi uyarınca;

birlikte bu durum edimin sözleşme ile belirlenen koşullar çerçevesinde ifasına engel olması halinde idare tarafından günlük cezai işlem yapılması yerine genel hükümler çerçevesinde sözleşmenin feshedilmesi yoluna gidilmesi imkânı sağlamaktadır¹³⁷.

Cezai yaptırım için ön görülen sürenin tespiti maksadı ile Yargıtay 13. HD. 2006/8713 E. ,2006/13605 K. sayılı ve 16.10.2006 tarihli ilamında; ‘...normal teslim süresinin bitmesiyle davacı idarenin hemen fesih ihtarında bulunamayacağı, bunun için 20 gün bekleyeceği, buna karşılık davalı yüklenicinin de geçen her gün için iş bedelinin binde beşi oranında ceza ödeyeceği kabul edilmiştir. 4735 sayılı Kanuna tabi idareler kamu hizmeti ifa ederler. İhale işlemleri de bu hizmetin gereklerindendir. İhale ve mal teslimi işlemlerinin gecikmesi; hizmetin aksamasına, gecikmesine ve dolayısıyla kamunun bundan zarar görmesine neden olur. Bu yüzden, bu tür sözleşmelerdeki ceza koşulu nitelendirilirken, idarelerin açıklanan özelliği gözden uzak tutulmamalıdır. Davacı, sözleşme ve idari şartnamenin yukarıda değinilen hükümleri uyarınca fesih ihbarından önce 20 gün beklemek zorunda kalmış ve böylece fesihten öncesine ait olmak üzere bu cezayı isteme hakkını kazanmıştır. Şu durumda, taraflar arasında kararlaştırılan cezanın, 4735 sayılı Kanunun amacına uygun bir kararlaştırma olduğunun, olayda Borçlar Kanunu'nun seçimlik ceza ve ifaya eklenen ceza hükümlerinin uygulanma yeri olmadığı kabulü’ gerektiği belirtilmiştir¹³⁸. Bu bağlamda idare tarafından verilecek ceza miktarının hesaplanmasında ihtar ile verilen süre dikkate alınmaktadır.

Yüklenici, 23.3. maddesi uyarınca, İdareye bildirdiği teknik personelin onaylandığının kendisine bildirildiği tarihten itibaren aşağıda adet ve unvanları belirtilen teknik personeli iş programına göre iş yerinde bulundurmak zorundadır.

23.2. Yüklenici, yukarıda adet ve mesleki unvanı belirtilen teknik personeli iş programına göre iş başında bulundurmazı takdirde; ceza müteakiben düzenlenecek ilk hak edışten kesilir.

23.3. Teknik personelin idareye bildirilmesi ve iş yerinde bulundurulmasıyla ilgili hususlarda Yapım İşleri Genel Şartnamesinde yer alan hükümler uygulanır.

23.4. Yüklenici, işe başlama tarihinden itibaren aşağıda cinsi, çeşidi, adedi ve kapasitesi belirtilen makine, teçhizat ve ekipmanı iş programına uygun olarak iş yerinde bulundurmak zorundadır.

¹³⁷ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.117.

¹³⁸ Aynı konuda verilmiş olan bir diğer kararlar, Yargıtay 13. HD. E. 2000/983, K. 2000/1442 sayılı 22.02.2000 tarihli Karar ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu(HGK) E. 2001/13-289, K. 2001/299 sayılı 28.03.2001 tarihli Kararı.

2.4.2.2. İdarenin İhtarı

Genel hukuk kurallarımız çerçevesinde alacaklının haklı ifa talep hakkını kullanmada olağan bir yöntem olarak ihtar, kamu ihale sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmenin feshi yönteminin kullanılması açısından bir ön koşuldur. Bu bağlamda yüklenicinin ihale dokümanı veya sözleşme ile belirlenen esaslara aykırı bir biçimde sözleşme konusu işi gereği gibi veyahut belirlenen sürede yerine getirmemesi durumunun idare tarafından tespit edilmesi üzerine Kanununun 20. madde hükmü kapsamında yüklenicinin temerrüdüne ilişkin gerekçeli açıklamaların yer aldığı bir ihtarda bulunulması gerekmektedir.

İdarenin yükleniciye ihtarında; idare tarafından belirlenecek olan günlük cezai yaptırıma ilişkin beyanlar ile yükleniciye edimin ifasını gereği gibi yerine getirmesi maksadı ile minimum on(10) gün olacak şekilde süre verildiğine dair kayıtları içermelidir. İfanın gereği gibi sağlanması maksadı ile verilecek olan süre boyunca yükleniciye cezai yaptırım uygulanacaktır. Bu sürenin tespiti açısından ölçülülük ilkesi gözetilerek iş için gerekli olan süreden fazla süre vererek fazla ceza kesilmesine veyahut ifanın gerçekleşmeyeceği kısa bir süre verilecek şekilde hareket edilmemelidir.

2.4.3. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hüküm ve Sonuçları

Yüklenicinin temerrüdünün hüküm ve sonuçları 4735 sayılı Kanunun 20. ve 22. maddelerinde ve bu maddelerin göndermesi ile 6098 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Bu bağlamda yukarıda da değindiğimiz üzere; kamu ihale sözleşmesi ile sorumluluk altına giren yüklenici sözleşme konusu edimi sözleşmeye uygun yerine getirmemesi veyahut süresinde yerine getirmemesi halinde ilk olarak idare tarafından yükleniciye temerrüdüne ilişkin gerekçeli bir ihtarda bulunulur. İhtar ile yüklenicinin edimini ifa etmesi maksadı ile yükleniciye süre verilir.

Verilen süreye ve ihtara rağmen yüklenicinin sözleşme edimini gereği gibi ifa etmemesi üzerine ayrıyeten protesto çekmeye gerek olmaksızın teminatlar gelir olarak kaydedilmek sureti ile temerrüde düşen yükleniciye ilişkin geçici yasaklama işlemleri

gerçekleştirilir. İdare tarafından alınan teminatlar, alınma tarihinden itibaren gelir olarak kaydının yapılacağı tarihe değin TÜİK' in yayımladığı aylık ÜFE' ye bağlı olarak düzeltilir. Söz konusu teminatların gelir kaydedilmesi yüklenicinin borcuna karşılık değildir.

Teminatların gelir kaydedilmesinin yanı sıra idarenin maruz kaldığı zarar ve ziyan için yükleniciden tazmin hakkı saklıdır. Bu bağlamda sözleşme feshi işlemleri gerçekleştirilerek, genel hükümlere bağlı olarak yapılacak hesap ile tasfiye edilir. Genel hükümlere bakıldığında Borçlar Kanunu 125. madde çerçevesinde, alacaklı konumunda olan idare, ihale sözleşmesine konu yüklenici borcunun ifası yerine borcun yerine getirilmemesi sebebi le meydana gelen zararı talep etme veyahut sözleşmeden dönme haklarına sahiptir. Bu bağlamda sözleşmeden dönme ve fesih kavramları arasında doğrudukları sonuçlar arasından farklılığa değinmekte fayda vardır.

Sözleşmeden dönme kavramı; sözleşmeden kaynaklı karşılıklı borçların ifasından kurtaran ve öncesinde yerine getirilmiş edimlerden dönülerek sözleşme öncesindeki hale geçilir¹³⁹. Buna karşın fesihte fesih tarihine değin yerine getirilen edimlerden kaynaklı olarak taraflar karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olup feshi tarihinden sonraki dönem açısından tarafların karşılıklı edimlerin yerine getirilme yükümlülüğü sona erer. Bu bağlamda fesih ve dönme açısından öncesinde yerine getirilen edimler açısından fesihte aynen sözleşme hükümleri geçerli kabul edilerek yüklenici kar elde eder. Ancak sözleşmeden dönme halinde bu durum söz konusu değildir¹⁴⁰.

Son olarak önemle belirtmek isteriz ki; yüklenicinin temerrüdü sebebi ile kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesinin bir diğer sonucu olarak yüklenici hakkında yasaklama hükümlerinin uygulanacaktır.

¹³⁹ Rona SEROZAN, CISG'A VE TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXX, Sayı: 2, s. 207-220, 2012,s.209: *Sözleşmeden dönme, geçerli bir karşılıklı borçlandırıcı sözleşmeyi, bu arada konumuzu oluşturan satım sözleşmesini çözüp, henüz yerine getirilmemiş olan edim yükümlerinden kurtarıcı, evvelce yerine getirilmiş edimleri de gerisin geriye sağlayıcı (libératoire ve récupérateur) bir yenilik doğuran hak diye bilinir. Bu niteliğiyle sözleşme öncesi durumu (status quo ante'yi) kurmaya (in integrum restitutio'ya) yönelen ve düz verme yükümlerini ters geri verme yükümlerine dönüştüren son kertede etkili bir yaptırım olarak tanınır!*

¹⁴⁰DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.198.

2.5. Yüklenicinin Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunduğunun Tespiti

2.5.1.Genel Olarak

Kamu ihale mevzuatımıza bakıldığında ihale kapsamında yasak eylem ve davranışlar ilişki olarak 4734 sayılı Kanun ile 4735 sayılı Kanunda ayrı ayrı düzenleme yapılması yoluna gidildiği görülmektedir. Bu düzenlemeler ihale ilanından sözleşmenin imzalanmasına değin geçecek sürede isteklinin eylemlerine ilişkin olarak ayrı ihale sözleşmesinin imzalanmasından sonra sözleşme yürütülürken ise ayrı olarak yasak fiil ve davranışları değerlendirmektedir.

Bu bağlamda 4734 sayılı Kanunun 17. maddesinde bulunan yasak eylem ve davranışlar kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasından önceki haller yer almakta olup 4735 sayılı Kanunun 25. maddesinde bulunan yasak eylem ve davranışlar ise kamu ihale sözleşmesinin yürütülmesi esnasındaki hallere yer vermektedir.

Mevzuat hükümlerinden de anlaşılacağı üzere yüklenici; ihale sözleşmesi yürütülürken yasak fiil ve davranışlardan kaçınmakla yükümlü olduğu kadar ihale sürecinde de yasak fiil ve davranışlardan kaçınmak ile yükümlüdür. Bu bağlamda kamu ihale sözleşmelerinin yürütülürken yüklenicinin gerek ihale sürecindeki gerekse de sözleşme kurulurken yasak eylem ve davranışları sözleşmenin yürütülme sürecini etkilenmekte olup yasa koyucu yasak fiil ve davranışın sözleşme öncesinde veyahut sözleşme esnasında gerçekleşmesi durumlarına farklı hüküm ve sonuçlar ön görmüştür. Bu bağlamda çalışmamızda sözleşme esnasında ve sözleşmeden önceki yasak eylem ve davranışları ayrı başlıklar altında inceleme gereği duyulmuştur.

2.5.2. Sözleşmenin Yürütülmesi Sırasında Yüklenicinin Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunduğunun Tespiti

2.5.2.1. Genel Olarak

Yüklenici bakımından ihale ilanına istinaden teklif vermiş olduğu esnada ihale dokümanı ile sözleşme koşullarını sağlıyor olması ve yasak fiil ve davranışlarının söz konusu olmaması sözleşme yapıldıktan sonra da büyük önem arz etmekte olup kamu ihale

sözleşmesinin yürütülmesi yüklenicinin söz konusu koşullara riayet etmesine bağlıdır. Bu gerekliliğe bağlı olarak 4735 sayılı Kanunun 25. maddesi kapsamında sözleşmenin yürütülmesi esnasında yüklenicinin hangi davranışlarının yasak fiil ve davranışlar aşağıdaki gibi sıralanmaktadır.

- *Hile irtikap, vaat, çıkar sağlama, anlaşma, tehdit, nüfuz kullanma rüşvet suretiyle ya da başkaca yöntemler ile ihale sözleşmesine ait işlemlere fesat karıştırmak ya da bu eyleme teşebbüs etmek.*

- *Sahte belge kullanmak, düzenlemek ya da bu eylemlere teşebbüs etmek.*

- *İhale sözleşmesine konu işin yapılması ya da teslimi esnasında fen ve sanat kurallarına aykırı, hileli usuller, malzeme ya da araç kullanmak, kusurlu, eksik, veya hatalı üretim yapmak.*

- *Sözleşme taahhüdünü ifa ederken idareye zarar vermek.*

- *Deneyim ve bilgi birikimini idareye zarar verecek şekilde kullanmak veya gizliliği korunması gerekli belge ve bilgileri ortaya çıkaracak ve kendilerinin veya üçüncü şahısların fayda sağlayacak şekilde davranmak.*

- *Mücbir sebepler dışında, sözleşme ve ihale dokümanında belirlenen hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.*

- *Sözleşmenin izinsiz devredilmesi veya devir alınması.*

Söz konusu davranışların yüklenici tarafından gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi üzerine ihale sözleşmesinin idare tarafından feshedilmesi, teminatların gelir kaydedilmesi ve tasfiye süreci gerçekleşmektedir. Sözleşmenin feshi ve sonrasında takip edilen sürecin önemi sebebi ile aşağıda başlıklar altında ayrıntılı olarak incelenmektedir.

2.5.2.2.Şartları

2.5.2.2.1. Yüklenicinin Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunduğunun Tespit Edilmesi

Kamu ihale sözleşmesi henüz devam ederken idare tarafından yüklenicinin Kanununun 25. maddesinde bulunan yasak eylem ve davranışlarının saptanması

durumunda ayrıyeten protesto çekilmesine ihtiyaç olmaksızın kamu ihale sözleşmesini feshedilir.

2.5.2.2.2. Sözleşmenin Yürütülüyor Olması

4735 sayılı Kanunun 25. maddesinde bulunan yasak fiil ve davranışlarının zaman yönünden sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreçte meydana gelmesi gerekmektedir. Bu bağlamda sözleşmenin yürütülüyor olmasından anlaşılması gereken ihale sözleşmesinin konusuna göre akdedilen mal, yapım ve hizmet sözleşmeleri açısından farklılık göstermektedir. Bu bağlamda mal alımı ihalesi kapsamında yapılan kamu ihale sözleşmesinin yürütülme aşaması; malın kabul edildiği tarihe değin geçen süre, yapım işleri ihalelerinde kesin kabulün yapıldığı tarihe değin geçen süre ve hizmet alımı işleri ihalelerinde ise sözleşmenin kurulmasından sona erdiği süre sonuna değin geçen süre içerisinde sözleşmenin yürütüldüğü süreci kapsamaktadır¹⁴¹.

2.5.2.2.3. İdarenin Fesih Beyanı

Yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarının tespit edilmesi üzerine idare tarafından herhangi bir bildirim yapılmaksızın ihale sözleşmesi feshedilir. Bu fesih yasada bulunan yasak fiil ve davranış halleri düşünüldüğünde güven ilişkisinin kırılmasına sebebiyet verdiğinden haklı bir fesih nedeni olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda fesih yapılır iken idarenin herhangi bir bildirim yapma yükümlülüğü bulunmaması fesih beyanında bulunmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda ihale sözleşmesinin feshedildiğine dair yükleniciye fesih beyanı verilmelidir¹⁴².

2.5.2.3. Hüküm ve Sonuçları

4735 sayılı Kanunun 25. maddesinde bulunan yasak fiil ve davranışların yüklenici tarafından gerçekleştirildiğinin idare tarafından tespit edilmesi durumunda idarenin

¹⁴¹ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.134.

¹⁴² DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.134.

sözleşmeyi feshetme hakkı doğmaktadır. Bu duruma ilişkin olarak yine Kanunun 20. madde hükmü kapsamında ayrıyeten protesto çekmeye ihtiyaç olmaksızın teminatlar irat kaydedilmek sureti ile sözleşme feshedilmektedir. Yasak fiil ve davranışta bulunduğu tespit edilen yükleniciye ilişkin geçici yasaklama işlemleri gerçekleştirilir. İdare tarafından alınan teminatlar, alınma tarihinden itibaren gelir olarak kaydının yapılacağı tarihe değin TÜİK' in yayımladığı aylık ÜFE' ye bağlı olarak düzeltilir. Söz konusu teminatların gelir kaydedilmesi yüklenicinin borcuna karşılık değildir.

Teminatların gelir kaydedilmesinin yanı sıra idarenin maruz kaldığı zarar ve ziyan için yükleniciden tazmin hakkı saklıdır. Bu bağlamda sözleşme feshi işlemleri gerçekleştirilerek, genel hükümlere bağlı olarak yapılacak hesap ile tasfiye edilir Feshe ilişkin hesap genel hükümler esas alınarak tasfiye işlemleri gerçekleştirilecektir.

4735 sayılı Kanunun incelemesinde; yüklenicinin temerrüdü niteliğinde yer alabilecek üç davranış hali yer almaktadır. Bunlar;

- Yüklenicinin ihale sözleşmesi taahhüdünü ihale sözleşme hükümlerine ve ihale dokümanı uygun şekilde yerine getirmemesi veya işi belirlenen sürede bitirmemesi,
- Yüklenici tarafından sözleşmeye konu iş yapılır iken veyahut işin teslim edilmesi esnasında hileli donanım, araç veya yöntemler kullanmak, bilim ve sanat kurallarına uymayan, noksan, yanlış veya ayıplı üretim yapması ve
- Yüklenicinin mücbir sebep halleri haricinde taahhüdünü sözleşme ve ihale dokümanına uymayacak şekilde yerine getirmesidir.

Yukarıda yazılı her üç temerrüt niteliğindeki yüklenicinin bu eylemleri; idarenin kamu ihale sözleşmesini feshetmesi ile sonuçlanmaktadır. Bu bağlamda yüklenici tarafından gerçekleştirilen sözleşme veya ihale dokümanına aykırı davranışa ilişkin olarak bildirimli bir fesih usulü benimsenirken, yasak fiil ve davranışlar arasında bulunan ve ihale dokümanı ile sözleşmeye aykırılık teşkil eden eylemlerine bildirimsiz bir biçimde fesih usulü benimsenmesi çelişki yaratmakta olup uygulamada da tereddütte yol açacağı kanaatindeyiz¹⁴³.

¹⁴³ BİLİR, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, s.146.

2.5.3. Yüklenicinin Sözleşme İmzalanmasından Önceki Yasak Fiil ve Davranışları Sebebiyle Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi

2.5.3.1. Genel Olarak

Yüklenici bakımından ihale ilanına istinaden teklif vermiş olduğu esnada ihale dokümanı ile sözleşme koşullarını sağlıyor olması ve yasak fiil ve davranışlarının söz konusu olmaması büyük öneme sahiptir. Bu bağlamda mevzuat hükümlerimize bakıldığında 4735 sayılı Kanunda bulunan sözleşmenin yürütülmesi esnasında yüklenicinin göstermiş olduğu yasak fiil ve davranışlarının yanı sıra 4734 sayılı Kanunun 17. maddesi ile ihale sürecindeki yasak fiil ve davranışları da yasa ile düzenleme yoluna gidilmiştir. Söz konusu madde hükmünde yasak fiil ve davranışlar aşağıdaki gibi sıralanmıştır.

- Hile, irtikâp, vaat, çıkar sağlama, nüfuz kullanma, anlaşma, tehdit, rüşvet suretiyle ya da başka yollar ile ihaleye ile ilgili işlemlere fesat karıştırmak ya da bu eylemlere teşebbüs etmek.
- İhaleye katılan başkaca isteklileri kararsızlığa düşürmek, ihaleye iştiraklerine mani olmak, harici olarak anlaşma teklifi sunmak veya yönlendirmek, rekabet ortamını engellemek veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.
- Sahte teminat ya da belge tanzim etmek, kullanmak veya bu eylemlere teşebbüs etmek.
- Alternatif öneri suna bilme durumları haricinde, ihalelerde tek bir istekli tarafından başkası ya da kendisi adına dolaylı ya da doğrudan olarak, şahsen ya da vekâleten birden çok öneri sunmak.
- 4734 sayılı Kanunun ile ihaleye katılamayacağı belirtilen kişi veyahut kişilerin ihaleye katılması.

Söz konusu davranışların yüklenici tarafından gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi üzerine ihale sözleşmesi idare tarafından feshedilmesi, teminatların gelir kaydedilmesi ve tasfiye süreci gerçekleşmektedir. Sözleşmenin feshi ve sonrasında takip edilen sürecin önemi sebebi ile aşağıda başlıklar altında ayrıntılı olarak incelenmektedir.

2.5.3.2.Şartları

2.5.3.2.1. Sözleşme İmzalanmasından Önceki Yasak Fiil ve Davranışların Sözleşmeden Önce Gerçekleşmesi

4734 sayılı Kanunun 17. maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışların incelemesinden anlaşılabacağı üzere söz konusu yasak fiil ve davranışlar sözleşme imzalanmadan önce yani ihale sürecinde gerçekleştirilmesi mümkün eylemlerdir. Dolayısı ile ihale sözleşmesinin feshedilmesi koşulu olarak yasa koyucu madde metninin lafzından da anlaşılabacak üzere yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarının sözleşmeden önce gerçekleşmiş olması düzenlenmiştir.

2.5.3.2.2. İdarece Durumun Sözleşmenin Yürütülmesi Esnasında Tespit Edilmesi

Bilindiği üzere; yasak fiil ve davranışların yüklenici tarafından gerçekleştirildiğinin tespiti üzerine kamu ihale sözleşmesi feshedilmektedir. Lakin bazı durumlarda yüklenicinin yasak fiil ve davranışı ihalenin büyük bir kısmı gerçekleştikten sonra tespit edilmektedir. Bu durumda ihale sözleşmesinin idareye yüklendiği maliyet ve ihale konusu kamu hizmeti sağlanmasında gecikmenin ortaya çıkması gibi kamu yararının üstünlüğünü gerektirecek durumlar gözetilerek 4735 sayılı Kanunun 21. maddesinin 2. fıkrası bu kurala ilişkin olarak istinai hali düzenlemiştir¹⁴⁴. Bu bağlamda ihale taahhüdünün %80' inin gerçekleşmiş olup olmamasına bağlı olarak ayrı hüküm tesis edilmiştir.

2.5.3.2.2.1. Taahhüdün %80'i Tamamlanmadan Yapılan Tespit

Yüklenicinin sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlarının tespiti, ihale taahhüdünün %80 gerçekleştirmeksizin yapılmış ise ihale sözleşmesi idare tarafından feshi söz konusu olmaktadır. Taahhüdün %80' lik bölümünün hesaplanmasında göz önünde bulundurulacak olan husus sözleşmenin imzalanması esnasında belirlenen sözleşme

¹⁴⁴ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.123, DİLEK, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, s.148.

bedelidir¹⁴⁵. Bu bağlamda, sözleşme bedeli olarak belirlenen tutar üzerinden taahhüdün %80' inin gerçekleşmesinden önceki yasak fiil ve davranışın tespiti halinde idarenin tarafından ihale sözleşmesinin fesih süreci başlatılır.

2.5.3.2.2. Taahhüdün %80'i Tamamlandıktan Sonra Yapılan Tespit

Daha öncesinde de belirttiğimiz üzere; yasak fiil ve davranışların yüklenici tarafından gerçekleştirildiğinin tespiti üzerine kamu ihale sözleşmesi feshedilmektedir. Lakin bu tespitin sözleşme ifasının büyük kısmı gerçekleştikten sonra ve ihale sözleşmesinin feshedilmesinin idareye feshetmemekten daha olumsuz yansımaları bertaraf edilmesi maksadı ile yasa koyucu istisnai bir düzenleme yapılması yoluna gitmiştir.

Bu bağlamda 4735 sayılı Kanunun 21. maddesinin 2. Fıkrasında belirtildiği üzere; sözleşme taahhüdün minimum % 80'inin bitirilmiş olması ve taahhüdün bitirilmesinde kamu yararı söz konusu olması şartı ile

- Aciliyeti sebebi ile sözleşme taahhüdün kalan bölümü için tekrar ihale yapılmasına yetecek zamanın olmaması,
- Başka bir yüklenici tarafından sözleşme taahhüdün yerine getirilmesinin imkânsız olması ve
- Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının niteliği gereği sözleşme taahhüdünü bitirmesine engel teşkil etmemesi,

Durumlarının söz konusu olması halinde ihale sözleşmesinin tarafı olan idare sözleşmeyi feshetmek yerine yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmesini talep edebilmektedir. Bu durumda taahhüdün yerine getirilmesi yüklenici tarafından zorunluluk teşkil etmekle birlikte, sözleşmenin feshedilmemesi yüklenici hakkında yasaklama hükümleri, teminata ilişkin işlemler ve idarenin zararına ilişkin tanzim taleplerine ilişkin her türlü iş ve işleme ait sürecin uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir.

¹⁴⁵ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.123.

2.5.3.4.Hüküm ve Sonuçları

Sözleşmenin yürütülmesi esnasında yüklenicinin yasak fiil ve davranışları sebebi ile sözleşmenin feshine ilişkin hükümlerin yanı sıra sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışın tespiti halinde de idare tarafından ihale sözleşmesinin feshedeceği hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda 4735 sayılı Kanunun 21. maddesinin 1. fıkrasında değinildiği üzere; yüklenicinin sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışının tespit edilmesi durumunda; idare tarafından teminatlar gelir kaydedilerek sözleşme feshedilmektedir. İdare tarafından alınan teminatlar, alınma tarihinden itibaren gelir olarak kaydının yapılacağı tarihe değin TÜİK' in yayımladığı aylık ÜFE' ye bağlı olarak düzeltilir. Söz konusu teminatların gelir kaydedilmesi yüklenicinin borcuna karşılık değildir. Teminatların gelir kaydedilmesinin yanı sıra idarenin maruz kaldığı zarar ve ziyan için yükleniciden tazmin hakkı saklıdır. Bu bağlamda sözleşme feshi işlemleri gerçekleştirilerek, genel hükümlere bağlı olarak yapılacak hesap ile tasfiye edilir Feshe ilişkin hesap genel hükümler esas alınarak tasfiye işlemleri gerçekleştirilecektir. Yasak fiil ve davranışta bulunduğu tespit edilen yükleniciye ilişkin geçici yasaklama işlemleri gerçekleştirilir.

Yasak fiil ve davranışlara ilişkin olarak 4735 sayılı Kanunun 21. maddesinin hüküm ve sonuç doğurması açısından önemle belirtmek gerekir ki yüklenicinin yasak fiil ve davranışının tespit edildiği ihale aynı ihale olmak mecburiyetindedir. Örnek vermek gerekirse; yüklenicinin aktif bir şekilde iştirak etmiş olduğu 10 ihalenin var olması halinde bu 10 ihaleden herhangi birinde gerçekleştirmiş olduğu yasak fiil ve davranış sebebi ile diğer ihalelerdeki sözleşmeleri için 4735 sayılı Kanunun 21 inci madde hükmü sonuç doğurmamaktadır. *Diğer bir ifade ile yasa da belirtilen ‘....ihale süreci...’ ifadesi, yüklenicinin aktif olarak sürdürdüğü başka ihale süreçleri hariç tutularak yalnızca ‘....ilgili sözleşmenin ihale sürecini...’ kastetmektedir¹⁴⁶.*

Yukarıda ayrıntılı biçimde değindiğimiz üzere, yüklenicinin ilgili ihale sürecine ilişkin olarak yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu ilişkin idare tarafından yapılacak

¹⁴⁶ DOĞANYİĞİT/GÜVENDİ, İhale ve Sözleşme Hukuku, s.1251.

olan tespit; taahhüdün minimum % 80'inin bitirilmesi ve taahhüdün bitmesinde kamu yararının olması halinde;

- Aciliyeti sebebi ile ihalenin kalan bölümünü için tekrar ihaleye çıkılmasına yetecek zamanın olmaması,

- Başka bir yüklenicinin sözleşme taahhüdünü yerine getirmesinin ihtimalinin olmamasının ve

- Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının sözleşme konusu taahhüdünü bitirmesine engel teşkil etmemesi

şartlarını sağlaması durumunda idare kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi yerine yüklenicinin taahhüdünü tamamlamamasını istemek yönünde karar verebilmektedir. Sözleşme feshedilmemesine karşın bu durumda da yükleniciye aleyhine yasaklama hükümleri uygulanmakta ve ayrıca yükleniciden sunulan teminat tutarı kadar ceza tahsil edilmektedir.

Söz konusu şartların sağlanmaması durumunda ise idare tarafından teminatlar gelir kaydedilerek sözleşme feshedilmektedir. Feshe ilişkin hesap genel hükümler esas alınmak sureti ile tasfiye işlemleri gerçekleştirilecektir.

3. BORÇLAR KANUNDA BULUNAN YÜKLENİCİDEN KAYNAKLI SONA ERME HALLERİ

3.1. İfa

Taraflar arasında sözleşme ile kurulan hukuki ilişkinin gayesi niteliğinde olan ifa kavramı, borç ilişkisine konu edimin yerine getirilmesi olarak tanımlanabilir¹⁴⁷. “İfa kavramına ilişkin olarak ayrıca belirtmek gerekir ki; ifanın gerçekleşmesi her durumda sözleşmenin sonlanması sonucunu doğurmamaktadır. Zira taraflar arasında anlaşılan edimin konusu tek bir edimin yerine getirilmesi olan ani edimli sözleşmeler açısından ifanın gerçekleşmesi borç ilişkisini sona erdirmektedir. Fakat taraflar arasında anlaşılan edimin konusu hizmet veya kira sözleşmesi gibi ifanın dönemsel veya sürekli olduğu ve

¹⁴⁷ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.906; DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.93.

birden fazla ifayı gerektiren borç ilişkilerinde tek bir ifanın gerçekleşmiş olması borç ilişkisini sonlanması sonucunu doğurmamaktadır¹⁴⁸.’’

3.1.2. İfanın Şartları

Tarafların birbiri ile uyumlu ve karşılıklı irade beyanları neticesinde kurulan sözleşme ilişkisinin borcun ifası ile sona ereceğini belirtmiştik. Fakat taraflar sözleşme konusu edimin ifa edilmesine ilişkin olarak belirli bir yerde ifa ve belirli bir zamanda ifa gibi özel şartlar belirlemiş olabilirler. Bu durumda sözleşmede bulunan edimin yine sözleşmede belirlenen koşullar bağlı olarak ifa edilmesi durumunda ifanın gerçekleştiğinden söz edilebilir. Ancak bu durumda sözleşmenin ifa ile sonlanması sonuçlarını doğuracaktır.

Kamu ihale sözleşmeleri yönünden ifanın gerçekleşmesi hali ancak ihale dokümanı çerçevesinde teknik ve idari şartname ile sözleşmede düzenlenen koşulların sağlanması halinde ifa gerçekleşmiş olduğu kabul edilir.

3.1.3.Kamu İhale Sözleşmelerinde İfa Kavramı

İfa kavramına ilişkin yaptığımız açıklamalar kamu ihale sözleşmeleri yönünden geçerli olmakla birlikte kamu ihale sözleşmeleri yapısı gereği ifa hususu büyük önem teşkil etmektedir. Zira kamu ihale sözleşmeleri yönünden ifanın gerçekleşmesi aynı zamanda kamusal bir ihtiyacın giderilmesine ve kamu yararına hizmet etmek amaçlarını barındırmaktadır. Bu sebep ile gerek ihaleye hazırlık süreci gerekse de ihale sürecinde hazırlanan teknik ve idari şartnameler ile sözleşme tasarısı ve ihale dokümanlarında edimin ifasına ilişkin olarak kuşkuyla yer vermeyecek netlikte her türlü bilgi ve ayrıntı yer alacak şekilde düzenlenmektedir.

Öte yandan önemle belirtmek isteriz ki, ceza yasamız da ifanın gereği gibi yerine getirilmesine engel teşkil edecek şekildeki davranışlara yönelik olarak suç türü ve cezai yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu bağlamda yüklenicinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun¹⁴⁹ 235. maddesi, 2. fıkra, a bendi uyarınca;

¹⁴⁸ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler., s.907.

¹⁴⁹ Yayımlandığı R.G. T. 12/10/2004 S.25611.

Hileli davranışlar ile

- *İhale koşullarını sağlayan kişilerin ihaleye iştirakini engellemek,*
- *İhale koşullarını sağlamayan kişilerin ihaleye iştirak etmesine imkân sağlamak,*
- *İhale konusuna bağlı olarak teklif sunulan malların, şartnameye koşullarına uymasına karşın, uymuyormuş gibi değerlendirme dışı bırakmak ve*

• *İhale konusuna bağlı olarak teklif sunulan malların, şartname koşullarına uymamasına rağmen, uyuyormuş gibi değerlendirmeye almak*

eylemleri ceza hukukumuz açısından ‘İhaleye Fesat Karıştırma Suçu’ olarak kabul edilmekte ve ağır nitelikte hürriyeti bağlayıcı ceza verileceği kanun ile ön görülmüştür. Kanunda yer alan bu düzenleme kapsamı geniş tutularak; kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması halinde de madde hükmünün uygulanacağı ön görülmüştür¹⁵⁰.

Bunun yanı sıra TCK’nin 236. madde hükmü ile de ihale sözleşmesi ile yüklenicinin yükümlülük altına girdiği edimlerin gerçeklemesine engel olunması ve edimin ihale sözleşmesinde belirlenen esaslar gibi yerine getirilmemesi yönündeki kötü ifa durumu da dâhil olmak üzere eylemleri suç olarak kabul ederek özgürlüğü kısıtlayıcı cezai yaptırım öngörülmüştür¹⁵¹. TCK’nin 236 madde hükmü ile hileli olarak gerçekleştirilmesi halinde edimin ifasına fesat karıştırılması suçunun oluştuğu kabul edilen eylemler;

- *Sözleşmenin konusuna bağlı olarak; ihale kararı ve sözleşme ile belirlenen şeyden farklı bir şeyin teslimi veya kabulü,*
- *İhale kararında veya sözleşme ile belirlenen de miktardan az malın teslimi veya kabulü,*

¹⁵⁰ Behiye Eker KAZANCI, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin Yayıncılık, 2. Bas., 2011, s.112.

¹⁵¹ Behiye Eker KAZANCI, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s.216.

- *İhale sözleşmesi ve kararında belirlenen süre de edimin yerine getirilmemesine karşın süresi içerisinde ifa edilmişçesine kabulü,*
- *Yapım işine ilişkin ihalelerde yapılacak iş için şartname ve sözleşmelerde belirtilen koşullara, miktara ve özelliklere uygun olmayan malzeme ile yapılmış olmasına karşın kabulü,*
- *Hizmet edimlerinde, sözleşme ve ihale kararına aykırı gerçekleştirilen ifanın kabulü ve*
- *Değinilen yollar ile sözleşme konusu edimin ifa edilmesine fesat karıştırılmasından menfaat temin etmek olarak belirlenmiştir.*

Türk Ceza Kanununa ait hükümlerin incelenmesi durumunda dahi kamu ihale sözleşmeleri yönünden ifanın büyük öneme sahip olduğu anlaşılabacaktır. Diğer taraftan kamu ihale sözleşmesinin konusuna bağlı olarak ifa kavramı değişmekte olup mal alımı, hizmet alımı ve yapı işlerine ait ihaleler açısından ifa kavramını ayrıca değerlendirmekte fayda vardır.

3.1.3.1.Mal Alımı Sözleşmelerinde İfa

Kamu ihale sözleşmelerine konu edimin belirlenmesinde yol gösterici ve kaynak niteliğinde olan teknik ve idari şartnameler ile ihale sözleşmesinde belirlenen esasların büyük öneme sahip olduğunu belirtmiştik. Bu husus konusu idare tarafından alınan taşınır, taşınmaz mal ile hakları içeren mal alımı sözleşmeleri için de geçerli olmakla birlikte ayrıca mal alımı ihalelerine özgü düzenlemelerde bulunmaktadır. Bu düzenlemeler Tip Sözleşme¹⁵² ve Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelikte yer almaktadır.

Kamu ihalesine konu mal alımı olan ihaleler neticesinde yapılan sözleşmeler satım veya eser sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda yalnızca bir taşınır veya taşınmaz malın alımına ilişkin gerçekleştirilen kamu ihale sözleşmelerinin konusu satım sözleşmesi, alınan malın hususi bir imalat aşamasının bulunan ve kurulum

¹⁵² Mal alım ihalelerine ilişkin 04.03.2009 tarih ve 27159 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Tip Sözleşme ‘Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin’ ekinde yer almaktadır.

gerektiren mal alımı ise eser sözleşmesi niteliğinde olup ifanın gerçekleştiğinin kabulü açısından sözleşmenin eser veyahut satım niteliğine göre değerlendirme yapılmaktadır¹⁵³.

Bu ihaleler çerçevesinde yapılan sözleşmenin ifa edilmiş kabul edilmesi aşamalı bir süreçten geçmektedir. Bu bağlamda yüklenici ile idare arasında sözleşmenin kurulmasını takiben işe başlama ile gerçekleşir. Sözleşme süresi ise işe başlamadan itibaren tüm edimlerin yerine getirildiği ve sözleşmenin sona erdiği süreci ifade etmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki mal alımı ihaleleri yönünden sözleşme süresini içerisinde değerlendirilen ve sözleşmenin ifa edilmiş kabul edilmesinin ve kesin teminat bedelinin iadesinin bağlı olduğu diğer bir hususta ihaleye konu malın garanti süresidir. Bu bağlamda sözleşme ediminin gereği gibi yerine getirilmesi ve yüklenicinin idareye hiç bir borcu kalmadığının tespit edilmesi üzerine garanti süresinin söz konusu olduğu durumlarda yarı oranında, garanti süresi bitmesi üzerine kalanı, garanti süresi belirlenmeyen durumlarda ise tümü, yükleniciye geri verilir¹⁵⁴. Sözleşmeye konu malın tesliminin birden fazla kez gerçekleşmesi gereken hallerde ise sözleşmede belirlenen süre sözleşme süresinden kısa olmalıdır.

İhale alımına konu malın şekil, kalite ve nitelik gibi sözleşme ile belirlenen esaslara göre belirlenen mal olmalıdır. Sözleşme ile belirlenen mal yerine başka bir malın teslimi aliud ifa olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁵.

Mal alımı ihalelerinde ifanın gerçekleşmesine ilişkin diğer bir husus ta teslim yeri ve teslim sürecinin ne şekilde gerçekleşeceğidir. Teslim yeri idare tarafından ihale dokümanı kapsamında belirlenmekte olup teslim sürecine ilişkin ise ihale dokümanında yer aldığı kadar mevzuat dâhilinde de ayrıntılı bir biçimde teslim süreci usulü işlemler belirtilmiştir.

¹⁵³ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.96.

¹⁵⁴ Mal alım ihalelerine ilişkin Tip Sözleşmenin 11.3.1. hükmü gereğince; *Taahhüdün, sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirildiği ve Yüklenicinin bu işten dolayı İdareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra sözleşmenin konusunun piyasadan hazır halde alınıp satılan mal alımı olması ve bir garanti süresinin öngörülmesi halinde yarısı, garanti süresi dolduktan sonra kalanı, garanti süresi öngörülmeyen hallerde ise tamamı, Yükleniciye iade edilir.*

¹⁵⁵ Kevork ACEMOĞLU, ‘Aliud’ ve Federal Mahkemenin ‘Aliud’ Konusundaki Tutumu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:9, Yıl:1972, s.19-29, s.19: ‘*Aliud*’ basit bir tarifle, borçlanılan edimden başka bir şeyin teslim edilmesidir. Borçlu kural olarak ancak tarafların sözleşmede üzerinde anlaşmış oldukları ifa ile borcundan kurtulur. Meğerki ifa edilen edim, borçlanılana uygun bulunmadığı halde, alacaklı bunu datio in solutum olarak kabul etsin...’.

Bu bağlamda Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmeliğin 6. maddesi çerçevesinde; kabul ve muayene komisyonları, başkan ve işin uzmanının yer aldığı minimum üç kişi ya da karar alabilmek adına tek sayı da daha çok kişi ve yedek üyelere oluşmaktadır.

Komisyon tarafından muayene yapılırken ilk olarak teslim edilen malın fiziksel olarak kontrolü yapılır. İfa maksadı ile teslim edilen malın-ürünün veya yapılan işin fiziki denetiminden önce komisyon üyeleri ve yüklenici veyahut vekiline imzalatılacak olan bir tutanak tutulur. Bu tutanak içerisinde; kontrolün başından itibaren yapılan denetleme, muayene ve numune alma aşamalarına ilişkin açıklamalara yer verilir. Muayene esnasında takip edilecek metod, usul ve netice belirtilir. Fiziksel kontrol esnasında malın sözleşme ile belirlenen şartları taşımaması halinde ayrıntılı laboratuvar kontrolü yapılmamaktadır. Bu hususa ilişkin olarak yüklenicinin itiraz hakkı saklı olmak ile itiraz neticesinde yeni komisyon tarafından yapılacak kontrolden de red alınması üzerine bu karar kesin nitelikte kabul edilir. İtirazı neticesinde veyahut ilk muayene de kabul edilmesi halinde ise laboratuvar kontrolü süreci başlamaktadır.

Laboratuvar kontrolü gerektiren işlere ait mal alımı ihalelerinde idareler laboratuvar muayenelerinde muayeneyi kimin yapacağını, uygulanacak metodu, giderlerin kim tarafından karşılanacağı ve muayene neticesinde geçerli kabul edilecek sonucu belirtmek ile yükümlüdürler. Bu bağlamda ihale dokümanında belirlenen esaslar çerçevesinde teslim edilecek olan malın laboratuvar kontrolü; idareye ait laboratuvarın bulunması halinde bu laboratuvarlarda, yoksa başka kamu kuruluşlarına bulunan laboratuvarlarda, başka kamu kuruluşları aracılığı ile yapılması imkân dâhilinde değilse bağımsız- özel laboratuvarlarda yapılarak sonuç hakkında rapor tanzim edilmek sureti ile laboratuvar kontrolü sağlanmaktadır.

Bu arada önemle belirtmek gerekir ki; gerçekleştirilen muayene ve denetim işlemlerinin süresi sözleşmede yer alan teslim süresinden sayılmamaktadır. Bu bağlamda MDMKİY' in 19. Maddesinde belirtildiği gibi yüklenici tarafından son teslim gününden önce teslim edilen malın, yapılan denetim üzerine uygun bulunmaması durumunda; yüklenici sözleşmede yer alan teslim süresine değin malın yenisi ile değiştirme veyahut

itirazda bulunma haklarına sahiptir. Fakat sözleşme ile belirlenen teslim süresi dolmasına karşın mal teslim edilmemiş ise idare yükleniciye ihale dokümanında belirlenen ihtarlı süre içerisinde malı teslim etmesine ilişkin bildirimde bulunur. Bunun üzerine teslim edilen mala ilişkin yapılan denetim neticesinde uygun bulunmaması halinde yüklenici idarenin deposunda bulunan malın tümünü ihale dokümanında belirlenen esaslara göre geri almak zorundadır. Aksi takdirde geri alınmayan mallara ilişkin olarak idareden herhangi bir hak talebinde bulunması mümkün değildir.

Nihayetinde sözleşmeye konu malların denetim, muayene ve testleri sona ermesi ile komisyonun olumlu raporu üzerine idare tarafından kabul edilmekte ve bu kabule esas alınarak yükleniciye yapılacak ödemeye ait belgeler düzenlenmektedir.

3.1.3.2.Hizmet Alımı Sözleşmelerinde İfa

4734 sayılı Kanunun 4. maddesinde de belirtildiği üzere hizmet alımı ihale sözleşmelerine konu işler; *bakım ve onarım, haberleşme, taşıma, araştırma ve geliştirme, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, , tanıtım, basım ve yayım, yemek hazırlama ve, toplantı, dağıtım organizasyon, fıkri, sigorta, sergileme, muhasebe, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, temizlik, film ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri sağlanmasıdır*. Bu bağlamda hizmet alımı sözleşmelerinin doğası gereği mal alımı ihalelerinden farklı olarak edimin ifası süreklilik arz etmektedir.

Hizmet alımı ihale sözleşmelerinde edimin gerçekleştirilmesi maksadı ile belirlenen usuller Tip Sözleşme¹⁵⁶, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi¹⁵⁷ ve Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliğinde¹⁵⁸ yer almakta olup hizmet alımı ihalelerinde edimin süreklilik arz etmesi sebebi ile gerçekleştirilen muayene usullerinin mal alımı ihalelerindeki muayene ve kontrol sürecinden farklı bir süreç yürütülmektedir.

¹⁵⁶ 04.03.2009 tarihli ve 27159 Mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ekinde yer almaktadır.

¹⁵⁷ 04.03.2009 tarihli ve 27159 Mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ekinde yer almaktadır.

¹⁵⁸ R.G. T: 19.12.2002, R.G. S: 24968.

Hizmet alımı ihaleleri muayene ve kabul komisyonu şartnamenin 5 . maddesinde de belirtildiği gibi yetkili makam tarafından, biri başkan olmak üzere minimum üç (3) kişiden oluşturulur. İşin önemi ve özelliği dikkate alınarak komisyonun üye sayısı, toplam sayı tek olmak üzere yeteri kadar arttırılabilir. Muayene komisyonun yanı sıra sözleşme ile bağlanan tüm işlerin denetiminin sağlanması maksadı ile kontrol teşkilatı bulunmaktadır.

Hizmet alımı ihalesi sonucu sözleşmenin imzalanması üzerine yüklenicinin sözleşmeye konu hizmeti ifa ederken uyması gereken bir takım yükümlülükleri doğmaktadır. HAMKY İşlerin Yürütülmesi İçin Gerekli Personel ve Araçlar başlıklı 10. maddesinden düzenlenen yüklenicinin yükümlülükleri aşağıda sıralanmaktadır.

- İşin sözleşmede belirlenen sürede tamamlanması maksadı ile her türlü tesis hazırlanması, malzeme, donanım ve personeli her an iş başında bulundurmak ile birlikte gerekli önemleri alınmak zorundadır.

- Sözleşme ile personel sayısının belirlendiği durumlarda; belirtilen sayıda personeli işyerinde bulundurmak mecburiyetindedir.

- Üyelerinin tamamı belediyelerden oluşan mahalli idare birliklerinin, savunma, güvenlik ve istihbarat alanında faaliyette buluna idarelerin ve belediyelerin yapacağı hizmet alımları hariç olmak üzere; ihale dokümanında haftalık çalışma saatlerinin tamamının idarede kullanıldığı işlerde ve personel sayısının belirlendiği yüklenici, idare tarafından sözleşmeye davet yazısının kendisine tebliğ edildiği tarih itibarıyla bir hizmet akdine bağlı olarak çalıştırdığı işçiler hariç, sözleşme konusu işte çalıştırmak üzere hizmet akdi yaparak istihdam edeceği personeli, ihale dokümanında belirlenen nitelikleri taşıyan, Türkiye İş Kurumuna kayıtlı işçiler arasından, 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu ve ilgili mevzuatı kapsamında ve kendisinin belirleyeceği seçme yöntemini kullanmak suretiyle temin edecektir.

- Yüklenici, iş yerinde görev alan personel ve birçok sınıftan işgücü sayıları ile yüklenici donanımına bilgileri kontrol teşkilatına sözleşme ve eklerinde belirlenen esaslara uygun olacak şekilde ve sürede vermek zorundadır.

Sözleşme imzalanmasından sonra yüklenicinin belirtmiş olduğumuz yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirilip getirilmediği kontrol teşkilatı tarafından

denetlenir. Bu bağlamda kontrol teşkilatının denetimi işlerin yürütülmesine ilişkin her türlü usulü işlemler, , fesih ve sözleşmenin gereklerinin yerine getirilmesi konusunda talimat vermeye ve uygulamaya yetkili olup alt yüklenicileri kabul etme, tasfiye, iş artışı, süre uzatımı, iş eksilişi, yüklenici nam ve hesabına iş yaptırma kabul ve hususlarında ise idareye görüş bildirir. Yüklenici tarafından kullanılacak olan tüm malzeme, araç ve gereçler kontrol teşkilatına gösterilmek ve yapılacak iş için uygun olduğunun kabulü sağlanmak zorundadır. Aksi takdirde söz konusu malzemelerinin iş yerinde kullanılması mümkün değildir.

Kontrol teşkilatının denetimi sonucu onay vermesi yüklenicinin sözleşme edimini ifa ederken uyması gereken proje, ihale dokümanı kapsamındaki teknik ve idari şartname ile sözleşmeye ve ilgili teknik ve sanat kurallarına uyma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Kötü veya ayıplı ifa olarak değerlendirilecek bu tür durumlara ilişkin olarak tip sözleşmenin kabulden sonraki hata ve ayıplardan sorumluluk başlıklı 32. maddesi uyarınca;

‘Yüklenicinin imzaladığı kısa sözleşme uyarınca teslim ettiği mallarda, malzemenin hileli olmasından veya malın teknik gereklerine uygun imal edilmemiş olmasından dolayı zarar ve kayıplar oluştuğu takdirde bu zarar ve kayıplar, Yükleniciye tamamlattırılır veya ödettirilir.’

Aynı zamanda sözleşme ve eklerine uymayan işler yönünden de yine tip sözleş 34.maddesinde bulunan düzenlemede; *yüklenici teslim, montaj ve ambalajlama şekli ve durumu, sözleşme ve şartnamelere uymayan, eksik ve kusurlu oldukları tespit edilen malları, İdarenin talimatı ile belirlenen süre içinde bedelsiz olarak değiştirmek veya düzeltmek zorundadır. Bundan dolayı bir gecikme olursa bu sözleşmenin gecikme cezasına ilişkin hükümleri uygulanacağı belirtilmiştir.*

Hizmet alımı ihale sözleşmelerinin ifası yönünden önemli olan diğer bir hususta süredir. Takdir edileceği üzere, ihale konusu sözleşme ile belirlenen işin süresi içerisinde kabule elverişli bir şekilde teslim edilmesi esas olarak kabul edilmektedir. Fakat hizmet alımı ihalelerine ilişkin düzenlemeler ve 4735 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeler sebebi ile yüklenicinin hizmetin ifasın yerine getirmesine engel teşkil eden doğal afet,

salgın ve seferberlik gibi mücbir sebep hallerinin söz konusu olması veyahut idarenin kabul işlemlerini gerçekleştirmesinin söz konusu olmadığı durumlarda; işin gecikmeyi karşılayacak¹⁵⁹ süre kadar uzatılmasına karar verilebilmektedir.

HAGŞ' nin 36. maddesinde belirtildiği üzere; süresinden önce sözleşme konusu işin gereği gibi ifa edilmiş olması halinde ise yüklenicinin talebi üzerine mevzuat ve ihale dokümanı hükümleri çerçevesinde 'Kesin Kabul ve Ödeme' işlemleri gerçekleştirilir.

3.1.3.3.Yapım İşi Sözleşmelerinde İfa

Yapım işi sözleşmelerine ilişkin olarak daha öncesinde değindiğimiz üzere konusu; *Bina, rıhtım, karayolu, otoyol, demiryolu, havalimanı, tersane, liman, tünel, metro, , alt yapı, viyadük, boru iletim hattı, köprü, spor tesisi, enerji nakil hattı ve haberleşme, baraj, sulama tesisi, enerji santrali, toprak ıslahı, rafineri tesisi, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili ihzarat, tesisat, nakliye, imalat, büyük onarım, tamamlama, restorasyon, sondaj, çevre düzenlemesi, güçlendirme, yıkma ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri* çeşitli inşaat işlerinin yüklenici tarafından yapılmasından oluşmaktadır.

Yapım işi ihaleleri sonucu imzalanan kamu ihale sözleşmesi eser sözleşmesi niteliğinde olup bu sözleşmeler birim fiyat sözleşmesi, anahtar götürü bedel sözleşmesi veyahut karma nitelikte sözleşme olarak düzenlenmektedir. Yapım işi ihalelerinde sözleşme konusu edimin yerine getirilmesine ilişkin esaslar açısından Tip Sözleşme, Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği¹⁶⁰ ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi¹⁶¹, inde düzenlenmektedir.

¹⁵⁹Hizmet Alımları Genel Şartnamesinin İşin Süresi ve Uzatılması başlıklı 35. Maddesinde süre uzatımına ilişkin olarak belirtildiği üzere;

Bu Genel Şartnamede öngörülen diğer haller saklı kalmak kaydıyla, 4735 sayılı Yasanın 10 uncu maddesindeki hükümler çerçevesinde sözleşmesinde belirtilen ve sorumluluğu yükleniciye ait olmayan zorunlu gecikme nedenlerinin doğuşunda, durum idarece incelenerek işi engelleyici nedenlere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre gecikmeyi karşılayacak kadar uzatılır.

¹⁶⁰ RG. T: 04.03.2009 RG. Sayısı: 27159 Mükerrer.

¹⁶¹ 04.03.2009 tarih ve 27159 sayılı RG.' De yer alan Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliğinin ekinde yer almaktadır.

Yapım işi sözleşmesinin imzalanmasından sonra, sözleşme ile belirlenen sürede işe girişilmesi için idare tarafından işyeri, esas proje, sözleşme konusu işin yapılması için gerekli olan tüm malzeme ve kullanılacakları yerlerin denetimi yapılarak, içerisinde idarenin görevlendirdiği yapı denetim görevlisinin yer aldığı bir komisyon aracılığı ile düzenlenen bir tutanak ile yükleniciye teslimi sağlanır.

Uygulama projelerini yüklenici tarafından hazırlanması istenilebilmektedir. Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerinde; ihale ile yapılması kararlaştırılan işlere ait uygulama projeleri ile birlikte şartnameler ve yapım işine ilişkin teknik bilgi ve belgeler sözleşmenin imzalanması esnasında yükleniciye teslim edilir. Birim fiyat sözleşmeler de ise işlere ait idari ve teknik şartnameler, ön veya kesin projeleri ve başkaca belgelerle birlikte, sözleşmenin imzalanması esnasında yükleniciye teslim edilmektedir. Karma tip sözleşmeler açısından projelerin teslimi ise ilgili kısımlarına göre yapılmaktadır. Projelerin teslimine ilişkin olarak önemle belirtmek gerekir ki; geçici kabul gerçekleştikten sonra, projelerin idare tarafından verilmiş veyahut idarenin onayı ile yüklenici tarafından hazırlanmış olması fark etmeksizin yüklenici tarafından bedelsiz olarak tanzim edilerek orijinalleri idareye verilmektedir. İhale sözleşmesine konu yapım işlerinin ifası, değinmiş olduğumuz üzere; idarenin onayı olmak şartı ile yüklenici tarafından hazırlanan veya idare tarafından yükleniciye teslim edilen uygulama projelerine uygun olacak şekilde yapılmakta olup birim fiyat sözleşmelerinde onay alınarak hazırlanmamış uygulama projesine idare onayı alınmaksızın başlanması mümkün değildir. Projelerin uygulanması esnasında gerçekleşecek hatalardan ve bu hatalar sonucu doğan zararlardan yüklenici sorumludur. Bu nedenle hatalı iş sonucunda yükleniciye iş bedeline karşılık bir ödeme yapılmamaktadır. Yapım işi ihale sözleşmesi ile yapılması kararlaştırılan tüm yapım işlerinde idarenin görevlendirdiği yapı denetim görevlisinin kontrolü ile yüklenici yönetiminde gerçekleşmektedir. Bu hususa ilişkin olarak önemle belirtmek gerekir ki yapı denetim görevlisinin bulunması yapım işi sebebi ile doğacak hatalar yönünden yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Yüklenici; idarenin onaylamış olduğu iş programına bağlı olarak çalışmak ve kendisine idare tarafından yer tesliminin sağlanması üzerine idareye en geç on beş gün

içinde iş programı hazırlayarak idareye sunmak zorundadır. Sözleşme konusu işin imzalanmasından sonra YİGŞ'nin 19. maddesi ile belirlenen yüklenicinin uyması gerekli bir diğer husus ise, sözleşme ile yerine getirmesi gereken işin ehemmiyetine ve belirlenen iş programına bağlı şekilde ve iş gereği ihtiyaç duyulan tüm cihaz, araç ve yardımcı tesisleri hazırlamak, her türlü teçhizat ve çalışacak kişileri temin etmek ve ihzaratla ilgili önlemleri almak mecburiyetidir.

Hatalı, ayıplı veya kötü ifa durumunun yapım işleri yönünden yapılan düzenlemesi Yapım İşleri Genel Şartnamesinde 24. maddesinde yer almaktadır. Bu madde çerçevesinde; yapım denetim görevlisi, yüklenicinin yaptığı işin eksik, yanlış ve ayıplı olduğunu, ihale dokümanına uygun malzeme kullanılmadığına ilişkin herhangi bir delil ile karşılaşması halinde bu durumun iş yapılırken veya kesin kabule değin düzeltilmesi, yıkılması veya yeniden yapılmasını gerektiğini yükleniciye bildirir. Söz konusu eksik, yanlış veya ayıplı işe ilişkin denetim yüklenici veya vekili ile birlikte gerçekleştirilmektedir. Yüklenici ya da vekiline yapılan bildirim uymaz ise denetim yapı denetim görevlisi tarafından tutanak ile gerçekleştirilir. Denetim sonucunda yüklenici tarafından yapılan işin eksik, hatalı ve kusurlu şekilde yapıldığı tespit edilmesi halinde denetime ilişkin masraflar genel hükümler çerçevesinde yükleniciden tazmin edilir.

Yüklenicinin sorumlu olduğu tespit edilen yanlış, kusurlu ve şartnameye uymayan malzeme kullanılan işlerin bedeli yükleniciye ait geçici hak edişlere girmiş olsa bile, yüklenicinin daha sonraki hak edişlerinden veya kesin hak edişinden ya da teminatından kesilir.

Bununla beraber sözleşme eklerine uygun olmayan işler açısından ise Genel Şartnamenin 23. maddesi uyarınca; *Proje ve şartnamelere uymayan, eksik ve kusurlu oldukları tespit edilen işleri yüklenici, yapı denetim görevlisinin talimatı ile belirlenen süre içinde bedelsiz olarak değiştirmek veya yıkip yeniden yapmak zorundadır. Bundan dolayı bir gecikme olursa sorumluluğu yükleniciye aittir.* Yüklenicinin meydana gelen işten mesuliyetinin yanı sıra sözleşme konusu işin yürütülmesi esnasından kesin kabul işleminin idare tarafından onaylanacağı tarihe değin yapım işine ait malzemenin

şartnameye uygun olması, sürekli bakım işleri, onarım ve düzeltme işlemleri gibi her türlü işlemten ötürü sorumluluğu söz konusudur.

Yapım işlerine ait sözleşmelerin ifasının süre yönünden değerlendirilmesinde esas olan işin bitim süresi olarak sözleşmede belirlenen süredir. Söz konusu sürenin aşılması halinde geciken günler için yine sözleşmede belirlenen gecikme cezası hükümleri uygulanmaktadır. Yüklenicinin süresinde işi ifa edememesine ilişkin olarak mücbir sebep hallerine ilişkin hükümlerden doğan süre uzatımı hakkı saklıdır.

Kesin hak ediş koşulları sözleşmenin anahtar teslim götürü bedel veyahut birim fiyat sözleşme olmasına göre farklılık göstermektedir. Bu bağlamda birim fiyat sözleşmelerde geçici kabulden sonra, kesin hak ediş raporunun tanzimine kaynak olacak kesin metraj ve hesapların bitmesi ile başlanmaktadır. Anahtar teslim götürü bedel sözleşmelerinde ise kesin hak ediş raporu düzenlenmesine işin geçici kabulünden sonra başlanır ve sözleşme ve eklerinde belirlenen hükümler çerçevesinde kesin hesap işlemleri yapılmaktadır.

Kesin hesap ile kesin kabul tutanaklarının idare tarafından onayı üzerine, son onay tarihinden başlayarak en çok otuz gün içerisinde, kesin hesaba bağlı olarak kesin hak ediş raporu tanzim edilmektedir. YİĞŞ'nin 40. maddesi, 1. fıkrası a bendinde belirtildiği gibi kesin hak ediş raporunun düzenlenmesinde geçici hak ediş raporlarındaki rakamlara dikkate alınmamakta ve kesin metraj ve hesaplar neticesinde elde edilen tutarlar esas alınmaktadır¹⁶². Geçici hak edişler sebebi ile yapılan ödemelerin mahsubu sonrasında bakiye kalan tutar yüklenici veyahut vekiline ödenmektedir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki yüklenici tarafından hak ediş raporlarına ilişkin yüklenici tarafından yapılacak itirazlarda, itiraz usul kurallarına dikkat etmesi büyük öneme sahiptir. Zira; Yargıtay 15. HD. 2504 E. / 2360 K ve 20.6.1988 tarihli kararında; *'...öngörülen şekle uygun biçimde itiraz etmemesi halinde söz konusu hakedişler mevcut haliyle kesinlik kazanır.'* şeklinde hüküm tesis etmiş olup bu karara emsal nitelikte birçok yüksek mahkeme ilamı mevcuttur¹⁶³.

¹⁶² Yaşar GÖK, Kamu Yapım Sözleşmelerinde Hakedişlere İtiraz Uygulaması, Erişim sağlanan web adresi: <http://www.kimakademi.com.tr/pdf/kamu-yapim-hakedis-sozlesme.pdf>, E.T: 09.08.2021.

¹⁶³ Yargıtay 15. HD. 13.11.2003 T. 2003/2474 E. 2003/5468 K. , Yargıtay 15. HD. 20.5.2004 T. 2004/1959 E. 2004/2798 K ve Yargıtay 15. HD. 24.03.2008 T. 2007/1631 E. 2008/1863 K.

Hesap kesme işlemi sonrasında yüklenicinin borçlu olması halinde bu borç genel hükümlere göre tahsil edilmektedir. Yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan fesih hallerinde idareye borcunun bulunması durumunda idare tarafından yükleniciye ihtarda bulunulur. İhtara rağmen yüklenici tarafından ödeme yapılmaz ise borç kesin teminattan karşılanır. Kesin teminatın borcu karşılamaması durumunda bakiye kalan borç genel hükümler çerçevesinde tahsil edilmektedir. Yüklenici kusurundan kaynaklı fesih durumunda yüklenicinin idareye borçlu olması halinde yine idarenin genel hükümlere göre tahsili söz konusudur. Bunun yanı sıra idare değil yüklenici alacaklı konumunda ise idare doğan zararını söz konusu alacaktan mahsup edebilmektedir.

Mal ve hizmet alımı ihalelerinde değindiğimiz gibi yapım işleri ihalelerinde de yetkili makam tarafından, bir başkan olacak şekilde minimum üç kişiden oluşan kabul komisyonları bulunmaktadır. Yapım işine konu işin ihale dokümanına uygun bir şekilde yapılmasını takiben yüklenicinin başvurusu üzerine geçici kabul işlemleri başlatılmaktadır. Yapılan işlere ilişkin olarak tutanak ile yapılan ön inceleme neticesinde uygun görülmesi üzerine idare tarafından geçici kabul komisyonu kurulmaktadır. Geçici kabulden sonra tekrar yüklenicinin talebi ve geçici kabulde gerçekleştirilen esas ve usuller çerçevesinde yapılmaktadır. Yüklenicinin teminat süresi içinde sözleşmeden kaynaklı tüm yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğu ve herhangi bir kusuru ve eksikliğin görülmemesi halinde kesin kabul tutanağı düzenlenmektedir. Son olarak kesin kabul tutanağının yetkili makam tarafından kabul edilmesi üzerine kesin kabul işlemleri bitirilmiş kabul edilmektedir.

3.2. İbra

3.2.1. İbra Kavramı

Kelime anlamı; *aklama, temize çıkarma*¹⁶⁴ olan ibra kavramının hukuksal olarak borç ilişkisinin tarafları arasında bulunan borcun bir kısmını veya tamamını ortadan kaldıracak

¹⁶⁴ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Erişim Sağlanan Web Sitesi; <https://sozluk.gov.tr/> E. T. : 29.06.2021.

şekilde borçtan kurtulmak maksadı ile yapılan sözleşme olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁵. Söz konusu tanımlamadan da anlaşılacağı üzere ibra kavramı borç ilişkisinin sona erme sebeplerinden biri olarak kabul edilmektedir¹⁶⁶.

İbra kavramı Borçlar Kanunumuzun 132. maddesinde düzenlenmiş olup söz konusu madde gereğince, “ *Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.*” Borçlar Kanunumuzda bulunan düzenlemeden anlaşılacağı üzere ibra kavramı hukuki niteliği itibari ile bir sözleşme niteliğinde olup bu nedenle ibra gerçekleşmesi açısından belirli koşulları bulunmaktadır. Bu koşullar; tarafların alacağın ortadan kaldırılmasına yönelik birbiri ile uyumlu ve ivazlı irade beyanları ile sözleşme taraflarının ehil olmalarıdır¹⁶⁷. Borçlar Kanunumuzda yapılan düzenlemeden anlaşılacağı üzere; ibra sözleşmeleri herhangi bir şekil şartına tabi değildir.

Yukarıda da değindiğim üzere ibra sözleşmesi tarafları sözleşme konusu borca ilişkin olarak borcun tamamı yönünden veya bir kısmı yönünden ibra sözleşmesi yapabilmektedir. Bu sebeple kısmi ibra halinde sözleşmenin sonlanması veya borcun ortadan kalkması söz konusu olmayıp ancak tam anlamı ile borcun ibrası durumunda borç ortadan kalmaktadır. Ancak bu durumda ibranın sözleşmeyi sona erdiren bir sebep olarak kabulünden söz edilebilir.

3.2.2.Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi

4735 sayılı Kanunda özel olarak düzenlenmeyen ibra kavramı açısından gerek kamu ihale mevzuatında bulunan düzenlemeler çerçevesinde yapılan gerekse de ihale sözleşmelerinde yapılan genel hükümlerin uygulanacağına ilişkin göndermeler sebebi ile ihale sözleşmelerinde ibra hususu ihale sözleşmesi ve Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde şekillenmektedir.

¹⁶⁵ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler s.1270; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.536.

¹⁶⁶ Şeyma YURDUSEVEN, Borçlar Hukukunda İbra, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tez Çalışması, Ankara, 2013, s.5.

¹⁶⁷ HATEMİ, GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.313.

İbra yönünden borcu tam anlamı ile ortadan kaldırmaya yönelik ibra sözleşmelerine kamu ihale sözleşmelerinde sık rastlanmamasına karşın kamu ihale sözleşmeleri açısından kısmi ibra ile sık sık karşılaşılmaktadır. İş eksilişleri halleri kısmi ibraya örnek olarak gösterilebilir.

Bu bağlamda önemle belirtmek gerekir ki; kısmi ibranın borcu sona erdirmemesi sebebi ile kamu ihale sözleşmesinin sonlanmasına sebep olarak gösterilmesi için ibranın tam anlamı ile borcu ortadan kaldırması gerekmektedir.

3.3. Yenileme

3.3.1. Yenileme Kavramı

Öğretide kabul edilen genel tanımlama çerçevesinde yenileme; hali hazırda bulunan bir borcun kaldırılarak yerine yeni bir borcun geçmesi ile mevcut borcun sonlandırılması olarak kabul edilmektedir¹⁶⁸. Yenileme ile eski borç ilişki asli ve ferileri ile tamamen sonlanmaktadır. Sonlanmanın sonucu olarak eski borca yönelik ileri sürülebilecek def'i ve itirazlarda ortadan kalkması kaçınılmazdır¹⁶⁹. Bu hususun istinası 6098 sayılı Kanunun 134. maddesinde cari hesaba ilişkin yapılan düzenlemedir¹⁷⁰.

Yenileme açısından önemle belirtmek gereken diğer bir husus ise cari hesap ile yapılan yenilemelerdir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹⁷¹ 6. Kısımda bulunan tanımlama gereği cari hesap sözleşmesi; *“İki taraf arasındaki düzenli bir hukuki neden veya ilişkiden doğan alacak kalemlerin tümünün yazıldığı ve bu alacak kalemlerinin ayrı ayrı talebinden karşılıklı bir şekilde vazgeçilerek, tüm alacak ve borç kalemlerine ilişkin yapılacak hesap neticesinde arta kalan bedelin talep edilebileceğine yönelik tanzim edilen sözleşmedir”*. Tarafların karşılıklı ilişkilerinden kaynaklı alacak ve borçların mahsuplaşması neticesinde bakiye kalan tutar ile yeni bir borç ilişkisinin kurulduğunun

¹⁶⁸ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, .s.1263; İpek YÜCER, Yenileme(Tecdit), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı: 1, Yıl:2007, s.233-259, s.235, Erişim sağlanan web adresi; <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz9-1/iyucer.pdf> , E. T.: 29.06.2021.

¹⁶⁹ Ahmet M. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi,15. Baskı, Ankara, 2012, s.825;mHATEMİ, GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.319.

¹⁷⁰ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.111.

¹⁷¹ RG. T. 14/2/2011 S. 27846.

kabulü ancak karşı tarafın kabulüne bağlıdır. Eski borca yönelik def'i ve itirazların yeni borca karşı ileri sürülemeyeceğinin istisnası¹⁷² olarak Türk Borçlar Kanunun Cari Hesaplarda başlıklı 134. maddesinde belirtildiği üzere cari hesaplarda; *‘‘Kalemlerden birinin teminatı varsa, aksi kararlaştırılmadıkça, hesap kesilip sonucun kabul edilmiş olması, teminatı sona erdirmez.’’*

Fakat yenilemeden söz edebilmek için belirli koşulların tam anlamı ile sağlanmış olması zorunludur. Bu koşullar;

- Mevcut bir borç ilişkisi varlığı,
- Yeni bir borç ilişkisi ve
- Tarafların mevcut borç ilişkisini sona erdirecek şekilde yeni bir borç ilişkisi kurma yönünde ortak ve açık iradelerinin varlığıdır.

Yenilemeye ilişkin söz konusu koşullar mevzuatımızda Borçlar Kanunun 133. maddesinde yapılan düzenleme çerçevesinde kabul edilmiş olup söz konusu madde gereğince; *Tarafların açık bir şekilde iradelerini beyan etmeleri şartı ile kurulan yeni borç ilişkisi ile mevcut borç ilişkisi sonlanmaktadır.*

3.3.2.Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi

Borçlar Kanunumuzda yapılan düzenleme çerçevesindeki Yenileme kavramının kamu ihale sözleşmesi açısından değerlendirmek pek mümkün değildir. Kamu ihaleleri sözleşmelerinde değişiklik yapılmasına olanak sağlanan sözleşmenin devri, yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluk veyahut mahkûmiyet halleri sebebi ile sözleşme tarafının değişmesi ile iş artışı veyahut iş eksilişine ilişkin olarak sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi yenileme anlamına gelmemektedir. Söz konusu durumlar yenilemenin koşulları açısından mevcut borç ilişkisini sona erdirerek yeni bir borç ilişkisi kurulmasına yönelik değildir. Aynı şekilde 4735 sayılı Kanunun 15. maddesi kapsamında sözleşmenin teslim süresi, yapılma veyahut teslim yerinin değiştirilmesi yeni bir borç ilişkisi doğurmamasından bahisle yenileme olarak kabul görmemektedir.

¹⁷² DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.111.

Yenileme kavramının kamu ihale sözleşmesi açısından mümkün olması ancak sözleşmeye konu her bir borç için ayrı ayrı değerlendirilmesi halinde söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda idareden alacaklı olduğu hak edişleri teminat olacak şekilde kullanılması üzerine idare ile borcuna ait hukuki nedeni değiştirmek sureti ile yenilenmiş kabul edilerek hak edişe ilişkin def'i ve itirazlar teminat sözleşmesinde kullanılamamaktadır¹⁷³.

3.4.Takas

3.4.1.Takas Kavramı

Borcu sona erdiren sebeplerden biri olan takas; her iki tarafın karşılıklı olarak bir birine vadesi gelmiş ve aynı nitelikte borcunun bulunduğu durumlarda alacak ve borcun aynı nitelikte olması koşulu ile tarafların her birinin borcu ile alacağını değiştirmesidir. Mevzuat hükümlerimiz açısından takasın hukukumuzdaki uygulaması Borçlar Kanununun 139. maddesindeki, *'İki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir.'* şeklindeki düzenleme ile yer almaktadır.

Takas tek taraflı irade açıklaması ile gerçekleşmektedir¹⁷⁴. Dolayısı ile bir sözleşme olarak kabul edilmediğinden karşı tarafın rızasına gerek olmaksızın geçerli kabul edilmektedir¹⁷⁵. Herhangi bir şekle tabi olmayan takas beyanının açıklanması hem beyanda bulunan tarafın borcuna ait borç ilişkisini hem de diğer tarafın borcuna ilişkin doğan borç ilişkisini sona erdirmesinden bahisle hukuksal niteliği gereği bozucu yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir.

¹⁷³ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.112.

¹⁷⁴ Fatih KAMERCAN, Türk Borçlar Hukukunda Takas, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5(1), Bahar, 2018, s.271-293, s.272.

¹⁷⁵ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler., s.1274.s

3.4.2.Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi

Borçlar Kanunumuzda yer aldığı şekli ile takas beyanı kamu ihale sözleşmeleri açısından geçerli olmasının önünde engel bulunmamaktadır. Yüklenicinin kamu ihale sözleşmesinden doğan hak edişine bağlı doğan alacağı ile sözleşme tarafı olan idareye olan borcunu takas edebilmektedir¹⁷⁶.

3.5.Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

3.5.1.Kavram

Borcu sona erdiren diğer bir hal olan alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi Borçlar Kanununun 135. Maddesinde; “*Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bir borç ilişkisinden söz edilebilmesi için alacaklı ve borçlu olarak nitelendirilen tarafların varlığı zorunludur. Bu tarafların aynı kişi olması halinde borcun varlığından söz etmek mümkün değildir¹⁷⁷. Alacaklı ve borçlu olarak iki tarafın bulunduğu borç ilişkisinde birleşmeden bahsedebilmek için alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi tek koşul değildir. Ayrıca geçerli bir borcun söz konusu olması gerekmektedir. Birleşmenin diğer bir koşulu ise alacağın tam anlamı ile borçlu malvarlığına geçmesidir¹⁷⁸. Birleşme yasadan kaynaklı gerçekleşebileceği gibi hukuki bir işlem sonucu da gerçekleşebilmektedir¹⁷⁹.

Alacaklı ve borçlu şahıs sıfatlarının birleşmesi neticesinde, borç fer’ileri ile birlikte sona ermektedir.

¹⁷⁶ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.113.

¹⁷⁷İsmail ATAMULU, Emre KÖROĞLU, Türk Borçlar Hukukunda Alacaklı ve Borçlu Sıfatının Birleşmesi Sebebi ile Borcun Sona Ermesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13. Sayı:1 Yıl:2018, s.149-151, s.153.

¹⁷⁸ HATEMİ, GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.320.

¹⁷⁹ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2012/13313 E, 2013/3070 K sayılı ve 07.03.2013 tarihli ilamında; ‘...BK’nın 116. maddesine göre alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının bir şahısta içtima ile borç sakıt olur. Yasaca istisnası taşınmaz rehini ve kıymetli evrak olarak belirlenmiştir. BK’nın 116. maddesi anlamında sıfatların birleşmesi nedeniyle borcun sakıt olabilmesi için geçerli bir borç ilişkisinin olması ve alacaklı ile borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi gereklidir. Bu birleşmeye yol açan olay yasadan doğabileceği gibi hukuksal işlemde de doğabilir. Yasadan dolayı alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesinin yaygın halini mirasçılık oluşturur....’.

3.5.2.Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi

Kamu ihale sözleşmeleri açısından alacaklı ve borçlu olarak nitelendirilen sözleşme tarafları idare ve yüklenicidir. *'Belli bir gayenin gerçekleştirilmesi için kurulan örgüt veya bu gayeye erişmek için yapılan organize edilmiş insan faaliyeti'*¹⁸⁰ olarak kabul edilen idare kamu ihale sözleşmeleri açısından, İhaleyi gerçekleştiren 4734 sayılı Kanun dâhilindeki kurum ve kuruluşlardır. Yüklenici ise, kamusal ihtiyaca bağlı olarak çıkılan ihaleye teklifte bulunan isteklidir. Sözleşme taraflarına bakıldığında birleşmenin kamu ihale sözleşmeleri yönünden uygulamada görülmesi pek olası değildir. Fakat Anayasaya uygun şekilde sözleşmeyi yapan idare tarafından yüklenicinin devletleştirilmesi sonucunda alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi kamu ihale sözleşmesi açısından gerçekleşebilir¹⁸¹.

3.6.Kusurlu İmkânsızlık

3.6.1. Kavram

Kusurlu imkânsızlık; taraflar arasında usulüne uygun sözleşmenin kurulmasından sonra borcun ifa edilmesi aşamasında borçlunun kusurlu davranışı sebebi ile borcun telafisi mümkün olmayacak şekilde ifa edilememesi olarak tanımlanmaktadır¹⁸². İmkânsızlıktan kasıt, borçlunun gerçekleştirmesi gerekli olan edimin gerek borçlu gerekse de üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesi mümkün olmayacak ve kati bir şekilde ortadan kalkacaktır¹⁸³.

Kusurlu imkânsızlık halinde borçlunun kusurlu davranışı ile borcunu yerine getirmemesinin sonucu olarak borçlunun sözleşmeden kaynaklı sorumluluğu çerçevesinde borcun ifa edilememesine ilişkin zararların tazmini gerekmektedir.

¹⁸⁰ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, 13.Baskı,1999, s.1; GÖZLER, KAPLAN, İdare Hukuku Dersleri, s.9.

¹⁸¹ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi, s.114.

¹⁸² EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler., s.1036; Fatih GÜNDOĞDU, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tez Çalışması, İstanbul,2011, s.41.

¹⁸³ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler., s.1037.

Hukukumuzca Borçlar Kanunu 112. maddesinde belirtildiği üzere; ifası beklenen borcun hiç veya sözleşmeye uygun olacak şekilde yerine getirilmemesi halinde borçlu kendi kusuru bulunmadığını kanıtlamadığı sürece, alacaklının zararlarını karşılamak mecburiyetindedir.

Bununla beraber Yasa borçlunun sorumluluğunu yalnızca kendi kusuru ile sınırlandırılmamış işi yürüten yardımcı kişilerin kusurundan da borçluyu sorumlu tutmuştur. Bu hususa yer verilen 6098 sayılı Kanunun 116. maddesinde; borçlu tarafından üstlenilmiş olan bir yükümlülüğün yasaya uygun bir şekilde birlikte yaşadığı veya yardımcısı olan kişilere bırakmış olması halinde dahi bu kişilerin söz konusu yükümlülüğü yerine getirirken diğer tarafa verdiği zararın giderilmesi yükümlülüğü devam ettiği belirterek üçüncü kişilerin kusurundan da borçlunun sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.

Kusurlu imkânsızlık karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından iki taraf içinde söz konusu olabilmekte olup araştırma konum sebebi ile bu çalışmada da kamu ihale sözleşmelerinde yüklenicinin kusurlu davranışı sebebi ile ifanın gerçekleşmesinin imkânsızlaşması hususu ele alınacaktır.

3.6.2.Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi

Kamu ihale sözleşmeleri bakımından kusurlu imkânsızlık hali, ihale sözleşmesi sonrasında yüklenicinin kendi kusuru ile telafisi mümkün olmayacak şekilde sözleşmeye konu edimi yerine getirmesinin imkânsız bir hale gelmesidir. Örneğin; bir tarihi eser restorasyonu yapım işi ihalesinde yüklenicinin sözleşmeye konu yapının yıkılmasına- yok olmasına sebebiyet verecek bir kazı- patlayıcı çalışması yapması sonucunda yapım işine konu yapının yüklenicinin kusuru ile yok olması kusurlu imkânsızlık hali olarak kabul edilebilir. Bu örnek gibi sözleşmeye bağlı özel haller haricinde ayrıca 4735 sayılı Kanunda bulunan yüklenicinin mali acz içinde bulunması hali de kusurlu imkânsızlık hali olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda kusurlu imkânsızlık halinin söz konusu olması halinde

öncelikle 4734 sayılı Kanun hükümleri uygulanacak olup hüküm bulunmaması halinde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır¹⁸⁴.

4. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN FESİHLE SONA ERME USULÜ

4.1.Genel Olarak

Kamu ihale sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin olarak ön görülen ve olağan kabul edilecek sonlanma nedeni ifa olmak ile birlikte çalışmamın ikinci bölümünde açıklamaya çalıştığımız üzere; kamu ihale sözleşmelerinin sonlanmasına sebebiyet verecek birçok neden bulunmaktadır. Sonlanma nedenine bağlı olarak fesih süreci şekillenmekte ve fesih usulleri de ayrılmaktadır.

İdare hukuk kuralları ve idari hukuk rejimi ile özel hukuk kuralları ve özel hukuk rejiminin bir arada uygulanmasını gerektiren kamu ihale sözleşmeleri açısından hangi hukuk rejiminin hangi durumda uygulanması gerektiğine ilişkin tereddütler bil hassa fesih sürecinde yaşanmaktadır. Mevzuat hükümlerine bakıldığında ise genel olarak idarenin tek taraflı işlem tesis etmesi ile borçlar hukuku çerçevesinde sözleşme taraflarının eşitliği ilkesi arasında denge sağlamak adına herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Dolayısı ile bu çalışmada fesih süreci ve usulü kamu ihale hukuku mevzuatı ve mevzuatta boşluk olması halinde idare ve borçlar hukuku kurallarının yorumlanması ile sonlanma nedenlerine bağlı olarak fesih sürecinde uygulanacak usuller ayrı başlıklar altında açıklanacaktır.

4.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin İdare Tarafından Feshi

4.2.1.Genel Olarak

Hukuksal olarak bildirim kavramı; muhataba yapılacak olan açıklamanın bildirilmesi işidir. Kamu ihale hukukunun kuralcılığı ve usulü işlemlere vermiş olduğu önem düşünüldüğünde bu kavramın ihale hukuku ve ihale sözleşmeleri hukuku açısından büyük önem teşkil ettiği anlaşılabacaktır. Bozucu yenilik doğuran hak niteliğindeki fesih hakkının

¹⁸⁴ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi, s.115.

kullanımına ilişkin esasların düzenlendiği 4735 sayılı Kanununun 16,17, 18,19 ve 20/a. maddelerinde bildirimde bulunulacağı belirtilmiştir.

Bildirimli fesih üzerine ayrıca belirtmek gerekir ki bildirimin yapılmasındaki amaç telafi edilecek hususlarda yükleniciye mehil vererek gecikme cezası uygulanacağı ve sözleşmeye aykırı davranışın düzeltilmesi üzerinedir. Fakat mehil vermenin sözleşmenin feshi noktasında bir değişiklik yaratamayacağı hallerde örneğin yüklenicinin sözleşmeyi izinsiz devretmesi halinde idarenin bildirimde bulunmasına ilişkin yapılan düzenleme sözleşmenin feshedilmesi sonucundan farklı bir hukuki sonuç doğurmayacak olup yasada yapılan düzenleme faydasız kalmıştır¹⁸⁵.

Kamu ihale sözleşmelerinin sözleşmenin tarafı olan idare tarafından feshedilmesi hali bildirim yapılan ve bildirim yapılmayan haller Yasada ayrı ayrı belirtilmiştir. 4735 sayılı Kanunun m. 17, 18 ve 20 nci maddelerinde düzenlenirken bildirimsiz fesih halleri Kanunun 16,19,20/b, 21, 23 ve 24 üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Fesih usullerine ilişkin idari işlemler ve sonuçları ayrıntılı olarak belirlenmiş olup uyulmaması halinde feshin sonuç doğurmayacağı dikkate alındığında üzerinde ayrıca durulmasını gerektirmektedir.

4.2.2. Fesih Usulü

4.2.2.1. Bildirimli Fesihte Usul

Daha öncesinde de değindiğim üzere bildirimli fesih, sözleşmede yüklenicinin telafi edebileceği bir hata ve eksikliğin bulunması halinde idare tarafından yükleniciye mehil

¹⁸⁵ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, 166.sayfada; ‘...Bildirimli fesih, idarece verilen belli bir mehil sonrasında sözleşmenin sonlanmasıdır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunun 16, 17, 18 ve 20 nci maddelerinde düzenlenen sonlanma hallerinde bildirimli feshin söz konusu olduğu belirtilmiştir. Ancak bu düzenlemelerde yeterli özenin gösterildiğini söylemek güçtür. Meselâ, sözleşmenin izinsiz devredilmesi durumunda, sözleşmeyi izinsiz devreden veya devralan yükleniciye mehil vermenin hukukî açıdan ne gibi sonucu olabilir? Ya da yüklenicinin iflâsı sebebiyle kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, iflâs eden yükleniciye yapılacak bildirim neyi değiştirecektir? Bu düzenlemeler, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle idare tarafından kamu ihale sözleşmesinin feshini düzenleyen anılan Yasanın 20 nci maddesine yapılan yanlış atfın sonucu olarak, hukuken sonuç doğurmayacak işlemlere yer verilmiştir. Hukuk tekniği açısından yukarıda anılan hükümde yer alan feshin sonuçlarının 22 nci maddeye alınması bu çelişkileri giderecektir. Bildirimli fesih, fesih beyanını ve sözleşmenin sona erdirilmesini bir şekle bağlamıştır. Bu şartlar yerine getirilmeksizin yöneltilen fesih beyanı usulsüzdür.’

verilmesi sureti ile yüklenicinin hatalı veya eksik işinin telafî edilmesi imkânı sağlamaktadır. İdarenin yükleniciye yönelik bildirimlerine ilişkin düzenlemelere bakıldığında,

- Yüklenicinin edimini ihale dokümanı ve sözleşmede belirlenen esaslara uygun bir şekilde yerine getirmemesi haline uygulanacak olan 4735 sayılı Kanunun 20/a. Madde hükmünde; yüklenicinin sözleşmeye konu edimin gereği gibi yerine getirmemesi durumunda idare tarafından, ihale dokümanı ve sözleşmede belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak sureti ile işin bitirilmesi maksadı ile en az on(10) gün süreli ihtarda bulunulur.

- Yüklenicinin ölümü halinde uygulanacak 4735 sayılı Kanunun 17. madde hükmünde; yüklenici ile aynı koşullara sahip mirasçıların talep etmesi ve idarenin bu talebi uygun bulması halinde, ilgili mirasçıya ölüm tarihini takip eden otuz(30) gün süre vererek, ek teminat ve taahhüdün tümü için kesin teminatı vermesi koşulu ile sözleşmenin devri yapılır.

- Ağır hastalık, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti ya da tutukluluk nedeni ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi durumunda, söz konusu halin meydana gelmesini izleyen otuz(30) gün içinde yüklenicinin teklif edeceği ve ilgili idarenin kabul edeceği birinin vekil olarak atanması şartı ile sözleşmenin devamı sağlanabilir.

Yasa madde hükümlerinden anlaşılabacağı üzere yüklenicinin iflas etmesi ve edimini ihale dokümanına belirtilen esaslara bağlı olarak yerine getirememesi durumunda idare tarafından yükleniciye yapılan bildirim ile gecikme cezası ile birlikte on(10) günlük süre verilmektedir. Yüklenicinin ölümü, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyet hallerinde ise yapılacak bildirimde otuz(30) günlük bir süre verilmektedir.

Fesih beyanının muhataba ulaşması ile hüküm ve sonuçlarının gerçekleşmesi kural iken 4735 sayılı Kanunun 22. maddesinde bulunan düzenleme ile fesih tarihi aşağıdaki gibi düzenlenmiştir¹⁸⁶.

¹⁸⁶ BİLİR, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi., s.187.

- Yüklenicinin mali acz içinde olduğuna dair idareye yapmış olduğu bildirimin idareye intikal tarihi,
- Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanına uygun şekilde yerine getirmemesi halinde idarenin bildiriminde yükleniciye telafi maksadı ile verilecek olan ve minimum on(10) günlük sürenin bitim tarihi ve
- Yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarının idare tarafından tespit edildiği tarih sözleşmenin fesih tarihi olarak kabul edilmiştir.

Bu sürelerin bitimini takip eden yedi(7) gün içinde sözleşme tarafı olan idare tarafından yükleniciye ayrıca bir protesto ya da mahkeme ilamına gerek olmaksızın fesih kararı alınarak bu karar yükleniciye beş(5) gün içerisinde bildirilecektir¹⁸⁷.

4.2.2.2. Bildirimsiz Fesihte Usul

Bildirimsiz fesih, fesih sebebinin doğması ile birlikte yükleniciye mehil vermeksizin idare tarafından ihale sözleşmesinin feshine karar verildiği durumlarda söz konusudur. İdare tarafından feshe ilişkin olarak bildirim yapılmamasının nedeni bildirim ile yükleniciye verilen mehil içerisinde telafinin sağlanamayacağı ve bildirimin faydasız olarak kabul edilmesidir. Kamu ihale sözleşmelerinin bildirimsiz olarak feshedildiği haller 4735 sayılı Kanunun 16, 19, 20/b, 21, 23 ve 24. maddelerinde yer almaktadır. Bildirimsiz fesihte idare yükleniciye mehil vermemekte sadece sözleşme fesih kararını bildirmektedir.

Bildirimsiz fesihte fesih tarihi ile feshin hüküm ve sonuç doğurduğu tarih farklıdır. Bu bağlamda yüklenicinin mali acz içinde bulunduğuna dair idareye bildirimini üzerine idare fesih kararı almaktadır. Bu durumda fesih; idarenin fesih kararı itibari ile değil yüklenicinin mali aczini idareye bildirdiği tarih itibari ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Aynı şekilde yüklenicinin yasak fiil ve davranışı halinde fesih; idarenin fesih kararı aldığı tarihte değil, idare tarafından yüklenicinin yasak fiil ve davranışının tespit edildiği tarihten itibaren hüküm ve sonuç doğurmaktadır.

¹⁸⁷ BİLİR, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi s.188.

Bildirimsiz feshin söz konusu olduğu yüklenicinin mali aczi ile yasak fiil ve davranışının tespit edildiğı tarih itibari ile sözleşme feshedilmiş kabul edilmektedir. Bu tespit tarihinden itibaren yedi(7) gün içinde idare, mahkeme ilamı veya protesto çekmeye gerek olmaksızın sözleşmenin feshi kararı almaktadır. Fesih kararı yükleniciye beş(5) gün içerisinde bildirilmektedir.

4.2.3. Tebligat

Tebligat; hukuki bir işlemin muhatabı olan kişiye ulaşması maksadı ile yetkili makam tarafından yasalara uygun bir biçimde yazı veyahut ilan ile yapılan bildirim işlemi ve bu bildirimin belgelendirilmesidir. İdari işlemlerin hukuki sonuç doğurması maksadı ile muhatabına usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesi hususunda idareler oldukça titiz davranmaktadır. Bu durumun doğal bir sonucu olarak taraflarından biri idare olan kamu ihale sözleşmelerinde de idare bildirimlerini mevzuat hükümleri çerçevesinde ve titizlikle gerçekleştirmektedir.

İhale hukuku kapsamında yapılacak olan tebligata ilişkin esaslar Tebligat Kanundan¹⁸⁸ ayrılarak Kamu İhale Kanununda ayrıca düzenlenmiştir. Bu bağlamda idare tarafından yapılacak olan tebligatlar 4734 sayılı Kanunun 65. maddesinde;

- İmzalanması sureti ile elden,
- İadeli taahhütlü mektupla,
- Elektronik ortamda veya
- Faks yolu ile yapılabileceğı belirlenmiştir.

4734 sayılı Kanunda 20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kanunun 25. Maddesiyle getirilen değışiklik üzerine Kanunun 65. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde bulunan “İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün... kararın istekliye tebliğ tarihi olarak kabul edilmiştir. Getirilen bu düzenleme istekli, istekli olabilecekler ve yükleniciye bildirilen şeyi öğrenmesine ve buna karşı yasa yollarına başvuru hakkını kısıtlamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 2012/20 E. ,

¹⁸⁸ RG. T. 19/2/1959 ve Sayı : 10139.

2013/132 K. Sayılı ve 27.9.2012 tarihli ilamında; “... İtiraz konusu kuralda, kamu idareleri ve Kamu İhale Kurumu tarafından alınan kararlara ilişkin tebligatın, iadeli taahhütlü mektupla yapılması hâlinde mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılmaktadır. Kendilerinden kaynaklanmayan ve kendilerine kusur izafe edilmesi mümkün olmayan sebeplerle posta hizmetlerinde yaşanan bir gecikme sonucunda, kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmaksızın, haklarında alınan kararların tebliğ edilmiş sayılmasının, ilgililerin kazandıkları ihaleye ilişkin sözleşme yapmaları, Kanunun 56. maddesi uyarınca ihaleye karşı itirazen şikâyetle bulunabilmeleri veya ihaleye karşı adli ya da idari makamlar nezdinde dava açabilmeleri gibi bazı hakların kullanılamamasına neden olacağı açık olduğuna” , değinilerek bu düzenlemenin, kendilerinden kaynaklanmayan gecikmelere karşı kişilere yeterince koruma sağlamadığı bahisle hukuki güvenlik ilkesine ve hak arama özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesi ile iptal edilmiştir.

4.3. Kamu İhale Sözleşmelerinin Yüklenici Tarafından Feshi

4.3.1. Genel Olarak

4735 sayılı Kanunun feshe ilişkin hükümleri incelendiğinde yüklenicinin ihale sözleşmesini feshedebileceğine dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunun 19. maddesinin başlığı ‘Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi’ olmasına karşın madde içeriğine bakıldığında yüklenicinin mali acz halini idareye bildirmesinden öte bir düzenleme olmadığı anlaşılabacaktır. Yüklenicinin sözleşmeyi feshine ilişkin olarak kamu ihale mevzuatındaki bu boşluk hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunun uygulanacağı yönündeki gönderme sebebi ile Türk Borçlar Kanunun hükümlerinin ile doldurulacaktır.

4.3.2. 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi Işığında Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshi

Herhangi bir kimse tarafından alınacak önlemlere karşı, önüne geçilmesi olanaksız, borcun yerine getirilmesine engel, borçlunun iradesi dışında beklenmedik olayların tümüne genel olarak mücbir sebep denilmektedir¹⁸⁹. Borçlu tarafından gerçekleştirilecek edimin ifası noktasında mesuliyetini ortadan kaldıran mücbir sebep hallerine ilişkin olarak 4735 sayılı Kanunun 10. maddesinde özel düzenleme yoluna gidilmiştir¹⁹⁰. Bu düzenleme çerçevesinde; doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilânı ve gerektiğinde KİK tarafından belirlenecek olan haller mücbir sebep hali olarak düzenlenmiştir.

Sayılan bu hallerin mücbir sebep olarak kabulünde esas alınacak kriterler;

- Yüklenicinin kusurundan kaynaklı gerçekleşmiş olmaması,
- Yüklenicinin sözleşmeden kaynaklı taahhüdünü yerine getirilmesine engel teşkil etmesi,
- Söz konusu engeli ortadan kaldırma noktasında yüklenicinin yetmemesidir.
- Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi takip eden yirmi(20) gün içerisinde yüklenici tarafından idareye yazılı bir şekilde bildirimde bulunması ve
- Yetkili merciler tarafından bu durumun belgelendirilmesi mecburidir.

4735 sayılı Kanununda düzenlenen mücbir sebep hallerinin neticesinde, mücbir sebep halinin önemine göre sözleşme konusu edimin ifasının ertelenmesi veyahut durması söz konusu olabileceği gibi sözleşmenin sona ermesi sonucunu da doğurabilmektedir. Bu nokta da yukarıda değinilen koşulların sağlanması koşulu ile meydana gelen mücbir sebep hali sebebi ile edimini geçici veyahut sürekli yerine getiremeyecek olan yüklenici, idare bu hususa ilişkin yazılı olarak bildirim yapmalıdır. Bu bildirim idare tarafından değerlendirilerek mücbir sebep ile sözleşme konusu ediminin gerçekleştirme imkânı arasındaki ilişki göz önünde bulundurularak sözleşme konusu edimin belirli bir süre ile

¹⁸⁹ <https://sozluk.gov.tr>, ET. 17.07.2021

¹⁹⁰ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi, s.139.

durdurulmasına veya belirli süre sonra dahi edimin ifası gerçekleşmesi imkânsız hale gelmiş kabul ediliyor ise sözleşmenin sona ermesine ilişkin karar verebilmektedir.

Dünya genelinde COVID-19 virüsünün sebebiyet verdiği genel salgın hastalık hali, sağlık alanında olduğu kadar birçok alanda engelleyici nitelikte etki göstermiştir. Kamu ihale sözleşmeleri alanında da aynı şekilde edimin ifasını engelleyen bu duruma ilişkin olarak 02.04.2020 tarih ve 31087 sayılı RG.'de yayınlanan 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile 4735 sayılı Kanun kapsamında imzalanan sözleşmeler yönünden mücbir sebep hali olduğuna dair düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde yüklenici; sözleşme konusu işin ifasının geçici veya sürekli olarak, kısmen veya tamamen imkânsız hale gelmesi sebebi ile idareye bildirimde bulunarak sözleşme taahhüdünün yerine getirilme olasılığına bağlı olarak ifanın belirli süre ertelenmesi veya sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin talepte bulunma hakkı verilmiştir.

Yapılan bu bildirim üzerine idare, sözleşme konusu edimin yerine getirilmesinin daha sonrasında mümkün olup olmadığına ilişkin değerlendirme yaparak sözleşmenin feshine veya süre uzatımına karar verecektir. Bu halde idarenin sözleşmenin feshine ilişkin karar vermesi durumunda 6098 sayılı Kanunun 136. maddesinde ifanın imkânsızlaşmasında kusuru olmayan borçlunun zararları karşılama yükümü olmadığı hususu dikkate alınarak doğan zararlardan ötürü idarenin yükleniciye rücu etmesi söz konusu değildir. Aynı şekilde 6098 sayılı Kanunun 182. madde 2. fıkrasında belirtildiği üzere; *borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemeyeceği* dikkate alınarak süre uzatımından kaynaklı olarak gecikme cezası uygulanması da mümkün değildir.

Mücbir sebep halinde ihale sözleşmesinin sona ermesi durumunda 4735 sayılı Kanunun 23. maddesi çerçevesinde sözleşmenin tasfiyesi genel hükümlere göre yapılmakta ve kesin teminat ile mevcut ise ek kesin teminatlar yükleniciye iade edilmektedir.

4.3.3. Kamu İhale Sözleşmelerinin İdarenin Temerrüdü Nedeniyle Sona Erdirilmesi

Kamu ihale sözleşmeleri, konusu mal, yapım veya hizmet olan ve uzmanlık gerektiren kamusal ihtiyaçların alanında uzman özel hukuk kişilerince bedeli karşılığında temin edilmesi üzerine kurulan bir tarafı idare bir tarafı özel hukuk kişisi olan sözleşmeleridir. Kamu ihale sözleşmeleri iki tarafın karşılıklı edimlerini yerine getirmesi esasına dayalıdır. Tarafların edimini gereği gibi yerine getirmemesi veya yerine getirilen edimin kabulünden imtina edilmesi halinde temerrüt durumu ortaya çıkmaktadır. Borçlu tarafından edimin gereği gibi yerine getirilmemesi durumu borçlu temerrüdü, borçlunun gereği gibi yerine getirdiği edimin alacaklı tarafından kabul edilmemesi durumu ise alacaklı temerrüdü olarak ifade edilmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinde idarenin hem alacaklı hem de borçlu olduğu edimler yönünden yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi durumu söz konusu olup aşağıdaki başlıklar altında incelenecektir.

4.2.2.1. İdarenin Alacaklının Temerrüdüne Düşmesi Halinde Fesih Usulü

Borçlu tarafından borç konusu edimin yerine getirilmesi maksadı ile alacaklıya yapılan teklif üzerine alacaklı tarafın haklı bir gerekçesi olmadan borçlunun ifasını kabul etmemesi durumu alacaklının temerrüde düşmesi olarak kabul edilmektedir¹⁹¹. Alacaklının temerrüdü hukukumuzda bakıldığında genel hüküm olarak borç ilişkisinde uygulanması maksadı ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 106. maddesinde, *'Yapma veya verme edimi gereği gibi yerine getirilmesi kendisine teklif edilen alacaklı, haklı bir neden olmaksızın bu ifa teklifini kabulden ya da borçlunun borcunu yerine getirebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan imtina etmesi durumlarında temerrüde düşmüş olur.'* şeklinde düzenlenmiştir.

Genel hükümler çerçevesinde getirilen yasa hükmü sözleşmenin iki tarafına da karşılıklı olarak borç yükleyen kamu ihale sözleşmeleri açısından da kabul edilmektedir. Yüklenicinin sözleşme konusu edimi ifa ederken borçlu konumunda olup idare ise

¹⁹¹ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.654.

alacaktır. Yüklenicinin edimini yerine getirmek veyahut edimin ifası için gerekli yer temini gibi ifaya hazırlık işlemlerini gerçekleştirmesi maksadı ile idareye başvurusu üzerine idarenin ifayı haklı bir gerekçesi olmaksızın kabul etmemesi durumunda idare alacaklı temerrüdüne düşmüş kabul edilmektedir. Bu duruma örnek vermek gerekirse; mal alımı ihalesinde alınan malın yüklenici tarafından teslim edilmek üzere getirilmesi halinde idarenin haklı bir gerekçe göstermeksizin kabulden kaçınması durumunda alacaklının temerrüdü durumu söz konusu olmaktadır.

Alacaklı konumunda olan idarenin temerrüde düşmesi halinde 6098 sayılı Kanunun alacaklının temerrüdü halinde uygulanacak hükümleri uygulanacak olup idarenin alacaklı temerrüdüne düşmüş kabul edilmesi ancak belirli koşullar altında söz konusudur. Bu koşullar;

- Yükleniciye ait borç muaccel halde olması,
- Borçlu konumundaki yüklenici edimin yerine getirilmesini(ifayı) teklif etmiş olması,
- İdarenin ifa teklifini reddetmiş olması ve
- İdarenin ifa teklifini reddetmesine dayanak teşkil edecek haklı bir gerekçesi bulunmamalıdır¹⁹².

Yüklenicinin ifayı yerine getirmek üzere yapacağı teklif yalnızca ifayı yerine getirmesine yönelik bir beyan olmamalı aynı zamanda eylemli olarak ifanın yerine getirilmesi maksadı ile hazırlık işlemlerini gerçekleştirmek sureti ile ifanın yerine getirilmesi talebinde bulunduğunu göstermelidir. Borç ilişkisine konu edimin farklılık göstermesi önem arz etmeksizin alacaklının temerrüdü halinin söz konusu olması için borçlunun borcun ifası maksadı ile üzerine düşen tüm sorumluluğu yerine getirmiş olması gerekmektedir. Diğer taraftan 6098 sayılı Kanunda değinildiği üzere; *‘alacaklı haklı bir gerekçe olmadan borcun ifası maksadı ile gerçekleştirmesi gereken hazırlık işlemlerini gerçekleştirmez ise temerrüde düşmüş kabul edilmektedir.’* Bu nedenle borcun ifasında alacaklının bir takım hazırlık işlemlerini gerçekleştirmesini gerekli kılan borç ilişkileri

¹⁹² DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.177; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler., s. 655-657.

açısından alacaklının hazırlık işlemlerini yerine getirmemesi hali de alacaklının temerrüdü hali olarak kabul edilmektedir¹⁹³.

İdarenin mal alımına ilişkin ihalelerde kontrol ve kabul aşamasında sözleşmeye konu malın sözleşmede bulunan koşulları sağlamaması ve ayıplı mal teslimi gibi haklı gerekçelerinin bulunduğu durumlarda kabulden kaçınması temerrüt olarak kabul edilmesi söz konusu değildir.

İdarenin alacaklının temerrüdüne düşmesi neticesinde TBK’ da bulunan alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanacaktır. Borçlar Kanunu borçlunun borcundan kurtulmasına ilişkin borcun edim konusuna bağlı olarak tevdi veya sözleşmeden dönme hususlarını düzenlemiştir.

Borcun konusu teslim gerektiren bir iş olması halinde 6098 sayılı Kanunun Tevdi Hakkı başlıklı 107. maddesinde yer alan düzenleme çerçevesinde; alacaklı temerrüde düştüğünde borçluya; tahribat ve masraflarından alacaklı üzerinde kalacak şekilde teslim edilecek şeyi tevdi ederek borcundan kurtulma hakkı tanınmıştır. Tevdiinin gerçekleşeceği yer, ifa yeri hâkimi tarafından belirlenmektedir. Ancak ifa konusu ticari bir mal ise hâkim kararı olmaksızın tevdi işlemi yapılabilir.

Değindiğimiz hususlardan anlaşılacağı gibi yüklenici tarafından muaccel olan edimin ifasının gerçekleştirilmesi maksadı ile teslim etmek üzere idareye getirmesi ile idare tarafından haklı bir gerekçe olmaksızın kabulden imtina edilmesi üzerine idarenin temerrüde düştüğü kabul edilmektedir. İdarenin temerrüdü üzerine borçlu olan yüklenicinin borcundan kurtulabilmesi maksadı ile sözleşme konusu edimi idarenin emri ve kullanımına hazır olacak şekilde üçüncü bir kişiye teslim edebilmektedir. Borçlunun borcu edim konusu şeyin tevdi edilmesi ile sonlanmakta olup borca bağlı kefalet ve rehin gibi fer’ i haklar da sonlanmaktadır¹⁹⁴.

Üçüncü kişiye tevdiinin yapılması sonrası alacaklının tevdi edilen şeyi kabul etmesi ve yapılan tevdi neticesinde bir rehnin kalkmış olması halleri hariç olmak üzere borçlu

¹⁹³ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.655.

¹⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.359.

tevdî edilen şeyi geri alabilmektedir. Fakat borçlunun geri alması durumunda borç konusu alacak tüm ferileri ile birlikte canlanmaktadır.

6098 sayılı Kanunun 109. maddesinde de belirtildiği gibi, sözleşme konusu edimin bozulacak cinsten olduğu, ciddi masraf gerektiren bakım ve onarımın söz konusu olduğu veyahut tevdi edilmeye elverişli olmadığı durumlarda borçlu konumunda olan yüklenici, bu durumu alacaklı konumunda olan idareye ihtar ile bildirmek mecburiyetindedir. İhtara rağmen teslim gerçekleşmemiş ise borçlu mahkemeye başvurarak tevdi elverişli olmadığının tespiti yapılması ve hâkimin izin vermesi üzerine açık arttırma ile satışını gerçekleştirebilir. Ve bu satış bedelinin tevdi yapılabilir¹⁹⁵.

Tevdi sureti ile borçtan kurtulma verme borçları için öngörülen bir borçtan kurtulma yöntemi olup konusu yapma edimi olan borçlar için kabul edilmemektedir. Konusu yapma olan kamu ihale sözleşmelerinde alacaklının temerrüdünün söz konusu olması halinde ise borcundan kurtulması maksadı ile yine 6098 sayılı Kanununun 110. Maddesi ile bir şeyin teslimini gerektiren borçlarda, alacaklı temerrüde düşmüş ise borçluya sözleşmeden dönme hakkı verilmiştir. Konusu yapma edimi olan ihale sözleşmelerinde, ifanın idare tarafından kabul edilmemesi durumunda yüklenicinin edim yükünden kurtulması maksadı ile tevdi veya satışın mümkün olmadığı hususu dikkate alındığında, yüklenici son çare olarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Borçlar Kanununun 110.maddesinde düzenlenen sözleşmeden dönmeye ilişkin hüküm borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere gönderme yapması sebebi ile borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu durumda konusu yapma edimi içeren sözleşmede idarenin temerrüde düşmesi 6098 sayılı Kanununun 117. madde hükmü kapsamında yüklenicinin ihtar ile mehil vermesi neticesinde sözleşmeyi fesih hakkı doğmaktadır¹⁹⁶.

¹⁹⁵ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.178; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler., s.360-361; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler., s.660-661,

¹⁹⁶ DEMİRBOĞA Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.179; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler., s. 662.

4.2.2.2.İdarenin Borçlunun Temerrüdüne Düşmesi Halinde Fesih Usulü

Kamu ihale sözleşmesinin tarafı olarak idarenin borçlu temerrüdüne düşmesi; muaccel olan borcunu sözleşmede belirlenen esaslara uygun bir şekilde ifa edilmemesi durumudur. Borçlu temerrüdü hukuk mevzuatımızda 6098 sayılı Kanununun 117-126. maddeleri ile düzenlenmiştir.

İdarenin borçlu temerrüdüne düştüğünün kabulü ancak Borçlar Kanununun 117.maddesinde bulunan koşulların sağlanması ile gerçekleşmektedir. Bu koşullar; muaccel bir borcun söz konusu olması ve bu muaccel borca ilişkin olarak alacaklının borcun ifası hususunda borçluya ihtarında bulunmuş olmasıdır¹⁹⁷. Doğal olarak idare temerrüde düştüğünün kabulü ancak yüklenicinin borcun yerine getirilmesine ilişkin ihtarına bağlıdır. İhtar hukuki işlem olmamasına karşın hukuki işleme benzer şekilde irade açıklaması içermektedir¹⁹⁸. Borçlunun temerrüde düştüğünün kabulü alacaklının ihtarında bulunması ile değil ihtarın borçluya ulaşması ile gerçekleşmektedir. İhtar için herhangi bir şekil belirlenmemiş olmak ile birlikte içeriği gereği borcun yerine getirilmesi talebini açık ve anlaşılır bir şekilde yer alması gerekmektedir. Aksi takdirde idarenin temerrüde düşmesi söz konusu değildir¹⁹⁹. Borçlunun temerrüdünde ihtar çekilmesi emredici kural niteliğinde olmayıp sözleşme tarafları aksini kararlaştırabileceği gibi Borçlar Kanununda da ihtar yerine geçecek düzenlemeler yapılmıştır. Bunlar;

- Sözleşme ile ihtar koşulundan vazgeçilmiş olması,
- Sözleşme taraflarının ifa gününü açık bir şekilde belirlemiş olması,
- İfa gününün belirlenmesi sözleşme taraflarından birine bırakılmış olması,
- İhtar ile bildirimin gereksiz veya yararsız kalmış olması,
- Borcun haksız bir fiilden doğmuş olması veya
- Sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olması halleridir. Sebepsiz zenginleşen yönünden iyi niyetli olması halinde temerrüt için bildirim şart olarak kabul edilmiştir.

¹⁹⁷ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler., s. 665.

¹⁹⁸ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1094.

¹⁹⁹ DEMİRBOĞA Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi., s.180.

Borçlunun temerrüdüne ilişkin olarak tüm borç ilişkilerine uygulanacak olan genel hükümler TBK 118-122. maddelerinde, karşılıklı borç yükleyen borç ilişkilerine uygulanacak hükümler TBK 123-125. maddelerinde düzenlenmiştir. İdarenin borçlu temerrüdüne düşmesi halinde uygulanacak hükümlere ilişkin olarak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu bağlamda idarenin borçlu temerrüdüne düşmesi halinde Borçlar Kanunu hükümlerine bakılması gerekmektedir. Karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden kamu ihale sözleşmelerinde idarenin temerrüdüne ilişkin olarak Borçlar Kanununun karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ait olan 123-125. maddeleri hükümleri uygulanmalıdır.

Yüklenici idareden edimin ifası talebi ile ihtarda bulunması üzerine idarenin temerrüde düşeceğini belirtmiştik. Yüklenici bu ihtarı ile veyahut bu ihtar üzerine idarenin temerrüde düşmesini takiben ayrı bir bildirim ile muaccel alacağına ilişkin olarak edimi yerine getirmesine yönelik son bir olanak tanımak maksadı ile idareye süre verebilir. Lakin 6098 sayılı Kanunun 124. maddelerinde değinilen idare açısından süre verilmesinin etkisinin olmayacağı, borcun ifasının artık yüklenici yönünden faydasız olduğu veya ifanın belirli bir zaman ve yerde olmadıkça kabul edilemeyeceği hallerinde yüklenicinin idareye ifa maksadı ile süre verememektedir. Yüklenicinin temerrüdü halinde idare tarafından yükleniciye verilecek süre minimum 10 gün olarak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20. maddesinde hükme bağlanmıştır. Fakat idarenin temerrüdüne ilişkin Kanunda hüküm yer almadığından TBK çerçevesinde verilecek süre yüklenici tarafından veyahut yüklenicinin talebi üzerine mahkemeler tarafından belirlenerek verilir.

Yüklenici tarafından verilen süreye rağmen idare tarafından edimin ifası gerçekleştirilmemiş ise 6098 sayılı Kanunun 125. Hükmüne bağlı olarak yüklenici;

- Edimin yerine getirilmesini ve yerine getirilmesinde meydana gelen gecikme sebebiyle tazminat talep etme,
- Edimin yerine getirilmesi ve gecikme tazminatı isteme haklarından vazgeçildiği hemen bildirilmesi şartı ile borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın giderilmesini talep etme,

- Sözleşmeden dönme ve idarenin temerrüde düşme de kusuru olmadığını ispat etmez ise yüklenici, sözleşmenin hükümsüz kalması nedeni ile maruz kaldığı zararın giderilmesi haklarına sahiptir.

İdarenin temerrüdü halinde yüklenicinin sözleşmeyi fesih hakkı doğduğuna ilişkin olarak Yargıtay 15. HD. 3493/2904 sayılı 07.07.1987 tarihli ilamında ; ‘.... *Hak edişlerin sözleşmede kararlaştırılan süre içinde düzenlenmediği, ödemelerin de geciktirildiği tespit edildiğine göre, davacının sözleşmeyi fesih hakkı doğmuştur...* ’ hükmü ile açık bir şekilde belirtilmiştir.

Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde yükleniciye tanınan bu seçimlik haklar uygulamada çoğunlukla idare tarafından sözleşmenin feshine bağlı hak ve tazminat taleplerine ilişkin açılmış olan davalardır²⁰⁰. Yükleniciler tarafından sözleşmenin karşı tarafının devlet oluşunun yarattığı algı, idarenin farklı ihalelerine katılması halinde iş alamayacağı kaygısı veyahut fiyat farkı uygulaması gibi nedenlerle söz konusu seçimlik hakların kullanımına pek rastlanmamaktadır.²⁰¹.

²⁰⁰ Yargıtay 15.HD 09.06.2005 tarihli ve E.2004/6043, K.2005/3488 ve Yargıtay 13.HD 16.10.2006 tarihli ve E.2006/8713, K.2006/13605 sayılı Kararları.

²⁰¹ Aynı yönde, DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.179.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

1. GENEL OLARAK

Kamu ihale sözleşmeleri fesih ve dönme hakkının kullanılması ile sonlanmaktadır. Fesih sürekli edimin söz konusu olduğu sözleşme ilişkisini ileriye etki edecek biçimde sonlandıran bir bozucu yenilik doğuran hak ya da işlem olarak kabul edilmektedir²⁰². Dönme ise ani edimin söz konusu olduğu bir sözleşmede geçmişe yönelik olarak eski hale iadeyi sağlamaya yönelik tek taraflı işlemdir²⁰³. Fesih ve dönme kavramlarının doğurduğu sonuçlar arasındaki fark sebebi ile tasfiye ve iade süreçleri ile bu sürece ilişkin ödemelerin hesaplanması açısından önem arz etmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin feshedilmesi durumuna göre sözleşmeden dönme durumu ile pek sık karşılaşılmamaktadır. Bu durum sözleşmeden dönmeyen, idarenin borçlunun temerrüdüne düştüğü ve alacaklı konumunda olan yükleniciye seçimlik hak olarak tanınan bir hak olmasından ve kamu ihale sözleşmelerine konu edimlerin genellikle süreklilik arz eden edimler olması sebebi ile fesih hakkının kullanılmasından kaynaklanmaktadır.

Kamu ihale sözleşmelerinin sona erme hallerine ilişkin çalışmanın ikinci bölümünde bulunan açıklamalardan anlaşılacağı üzere ihale sözleşmelerinin sonlanma nedenleri 4735 sayılı Kanunda ve 6098 sayılı Kanunda bulunan genel hükümlerinde yer almaktadır. 4735

²⁰² Berivan ÇAKIROĞLU, Enes SAR, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Tahtında Sözleşmeden Dönme ve Fesih, GSI Articletter, Article5, Winter 2019,s.83-96, s.92; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.434.

²⁰³ Berivan ÇAKIROĞLU, Enes SAR, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Tahtında Sözleşmeden Dönme ve Fesih, GSI Articletter, Article5, Winter 2019,s.83-96, s.92; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.434.

sayılı Kanunda bulunan sonlanma nedenleri; sözleşmenin izinsiz devri, yüklenicinin ölümü, tutukluluğu, iflası, mahkûmiyeti, mali acz içinde olması, ağır hastalığı ve yasak eylem ve davranışlarda bulunmasıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bulunan sonlanma nedenleri ise ifa, ibra, yenileme, taraf sıfatlarının birleşmesi, kusurlu imkânsızlık ve takastır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenen fesih nedenleri incelendiğinde esas olarak yükleniciden kaynaklı sonlanma hallerini yer almakla birlikte bu sonlanma hallerine uygulanacak hüküm ve sonuçlarda yasada yer almaktadır. Hüküm bulunmayan haller için ise Borçlar Kanunu genel hükümlerinin uygulanmasına gönderme yapması sebebi ile Borçlar Kanununda bulunan genel sonlanma nedenlerine yine genel hükümler çerçevesinde uygulanacak hüküm ve sonuçlar dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Gerek genel hükümler kapsamında borçlar hukuku hükümlerinin uygulanmasında gerekse de kamu ihale sözleşmelerine ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanmasında doğal olan sözleşme edimlerinin gereği gibi yerine getirilerek sonlanmasıdır. Sözleşme edimlerinin gereği gibi yerine getirilmemesi sonucunda kamu ihale sözleşmelerinin sonlanması halinde edimi gereği gibi yerine getirmeyerek feshe sebebiyet veren kişi sonlanmanın sonuçlarına katlanmak zorundadır.

Kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi üzerine sözleşme sonucu oluşan olumsuz durumun kaldırılması maksadı ile tasfiye süreci başlamaktadır. Çalışmamın bu bölümünde kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi sonucunda tasfiye süreci, iade kavramı, tarafların sözleşmenin feshi sonrası meydana gelen zarar ve tazminine ilişkin düzenlemelere değinilerek sözleşme feshi sonucu yüklenici aleyhine gerçekleştirilen teminat bedellerinin gelir kaydedilmesi ve yasaklama işlemlerine ilişkin bilgi vermeyi amaçlamaktadır.

1.1. Sözleşmenin İdare Tarafından Feshedilmesinin Sonuçları

Kamu ihale sözleşmelerinin idare tarafından feshine ilişkin sona erme nedenlerinin 4735 sayılı Kanununda bulunan sözleşmenin izinsiz devri, yüklenicinin ölümü, iflası,

tutukluluğu, mali acz içinde olması, mahkûmiyeti ağır hastalığı ve yasak eylem ve davranışlarda bulunması halleri olduğunu belirtmiştik.

4735 sayılı Kanunun idarenin sözleşmeyi feshetmesi başlıklı 20. maddesinde belirtildiği üzere; yüklenicinin sözleşme ile yüklenmiş edimi gereği gibi yerine getirmemesi halinde, gecikme cezası uygulanmak sureti ile edimin gereği gibi yerine getirilmesi maksadı ile idare tarafından yükleniciye minimum on(10) gün süreli ihtarda bulunulur. İhtara rağmen yüklenici tarafından herhangi bir iyileştirme yapılmaksızın aynı durumun devam etmesi ve yüklenicinin yasak eylemler ve davranışlarda bulunduğu belirlenmesi halinde ayrıyeten bir protesto çekmeye ihtiyacı olmak teminatlar gelir kaydedilir, sözleşme feshedilir ve genel hükümler çerçevesinde tasfiye işlemleri gerçekleştirilir. İdareye verilen bu fesih yetkisi ihale yetkilisi tarafından kullanılmaktadır²⁰⁴.

Yüklenicinin mali aczi halinde bu durumunu idareye bildirmesi, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışları sebebi ile idarenin vermiş olduğu sürenin bitmesi ve yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarının tespit edilmesi üzerine yedi(7) gün içerisinde idare tarafından feshedildiğine dair karar alınmaktadır. Bu karar yükleniciye beş(5) gün içinde bildirilir.

Yüklenicinin mali acz hali, edimi gereği gibi yerine getirmemesi ve yasak fiil ve davranışlarda bulunması nedenleri ile kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihinden idare tarafından irat olarak kaydedileceği tarihe değin TÜİK tarafından yayımlanan aylık ÜFE' ye göre güncellenir. Güncellenen tutar ile teminat bedeli arasında fark olması halinde bu fark yükleniciden ayrıca tahsil edilmektedir.

Teminatın hak edişlerden kesinti yolu ile alındığı durumlarda, kesilen tutar gelir kaydedilmektedir. Bu durumda sözleşmenin feshedilmesinden sonraki yapılmayan işlerin karşılığı olacak teminat bedeli de tutarı da alındığı tarihinden idare tarafından gelir kaydedileceği tarihe değin TÜİK tarafından yayımlanan aylık ÜFE' ye göre düzeltilerek yükleniciden tahsil edilir. Gelir olarak kaydı tutulan teminat bedelleri, yüklenicinin

²⁰⁴ KILIÇ, Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri, s.266.

sözleşmeden kaynaklı borcuna karşılık kesinti yapılamaz. Sözleşmenin yüklenicinin mali aczi, edimi gereği gibi yerine getirmemesi ve yasak fiil ve davranışlarda bulunması nedenleriyle sona erme hallerinde yüklenici hakkında yasaklama işlemi uygulanmakta olup ayrıca sözleşmeden doğan zarar yükleniciden tahsil edilmektedir.

1.2.Sözleşmenin Yüklenici Tarafından Feshedilmesinin Sonuçları

Yüklenicinin kamu ihale sözleşmesini feshedebilmesine ilişkin olarak 4735 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu genel hükümlerinin uygulandığı hususu dikkate alınarak genel hükümlere bakmakta fayda vardır. Yüklenici tarafından ihale sözleşmesinin feshedilmesi başlığında ayrıntılı olarak belirttiğim üzere; kamu ihale sözleşmelerinde idarenin hem alacaklı hem de borçlu olduğu edimler yönünden yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi durumu söz konusudur.

Yüklenici muaccel olan edimin ifasının gerçekleştirilmesi maksadı ile sözleşmeye konu şeyi idareye teslim etmekle yükümlüdür. Teslimin gerçekleşeceği aşamada idare tarafından haklı bir gerekçe olmaksızın kabulden imtina edilmesi üzerine idarenin alacaklı temerrüdüne düşmektedir. İdarenin alacaklı temerrüdüne düşmesine sözleşme konusu borcun verme ve yapma borcu olmasına bağlı olarak farklı sonuçlar bağlanmıştır. Verme borçları açısından yüklenici borç konusu şeyi idarenin emir ve kullanımına hazır bir şekilde üçüncü bir kişiye tevdi etmesi ile veyahut tevdi halinin mümkün olmaması halinde borç konusu şeyin satılması ile satış bedelinin üçüncü kişiye tevdi edilmesi neticesinde borçtan kurtulmuş kabul edilir.

Yapma borçlarına ilişkin idarenin alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanmaktadır. Bu bağlamda önemle belirtmek gerekir ki idarenin borçlu temerrüdüne düşmesi; muaccel olan borcunu sözleşmede belirlenen esaslara uygun bir şekilde ifa edilmemesi durumudur. İdarenin borçlu temerrüdüne düşmesi halinde yükleniciye seçimlik olarak sözleşmeden dönme ve sözleşmenin hükümsüz kalmasından kaynaklı zararlarının tazmini hakkı, borcun ifası ve tazminat hakkı, borcun yerine getirilmesi ve gecikme tazminatı talep hakkından vazgeçmesi

halinde ise borcun yerine getirilmemesi sebebi ile meydana gelen zararın tazmini talep etme hakları doğmaktadır.

2.TASFİYE

Sözleşme ilişkisinde beklenen sona erme şekli ifanın gerçekleşmesi ile sona ermedir. Fakat bazen sözleşmede ön görülen ifa süreci başlamamış iken bazen de ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi sözleşmenin sonlanmasına sebebiyet vermektedir. Sözleşmenin gereği gibi yetirilememesi sebebi ile bozulan sözleşme ilişkisi, sözleşme imzalanmadan önce tarafların sahip olduğu koşulları tekrar sağlamak adına ifa edilen edimlerin tasfiyesi yapılmaktadır²⁰⁵. İfa yolu ile sona eren kamu ihale sözleşmesinde tasfiye söz konusu değildir. Tasfiye durumunda kısmi de olsa edimin ifasına başlanmış olması ve sözleşmenin geçmişe dönük etki doğuracak şekilde sona ermesi gereklidir²⁰⁶.

Tasfiye haline ilişkin olarak taraflar sözleşme ile düzenleme yapabilmektedir²⁰⁷. Kanun kamu ihale sözleşmelerinde tasfiyenin genel hüküm kurallarına göre yapılacağı belirtilmiş olup sözleşme konusuna bağlı olarak; mal alımı tip sözleşmesinin ‘Sözleşmenin Feshi ve İşin Tasfiyesi’ başlıklı 35. maddesinde, yapım işi ihalelerinde Yapım İşleri Genel Şartnamesinin aynı başlıklı 47. ve 48. maddelerinde yer almaktadır. Sözleşme borcunun konusu sürekli edim içeren hizmet alım ihalelerinde yapılan ihale sözleşmelerinde tasfiye süreci Hizmet İşleri Genel Şartnamesin ‘Sözleşmenin Feshi ve İşin Tasfiyesi’ başlıklı 54. maddesi ve borçlar hukuku genel hükümlerine göre yapılmakta olup ayrı başlıklar altında ayrıntılı bir şekilde açıklanmasında fayda vardır.

2.1.Yapım İş İhalelerinde Kamu İhale Sözleşmelerinin Tasfiyesi

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20.maddesinde değinilen sonlanma nedenlerinin gerçekleşmesi halinde idare tarafından ayrıyeten bir protesto çekmeye

²⁰⁵ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi,s.207; Nuciha DALCI ÖZDOĞAN, Sözleşmelerin Tasfiyesinde Uygulanacak Kuralların Tespiti, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2016, Cilt:3, Sayı: 6, s.13-20,s.14.

²⁰⁶ DALCI ÖZDOĞAN, Sözleşmelerin Tasfiyesinde Uygulanacak Kuralların Tespiti, s.14.

²⁰⁷ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi, s.208.

ihtiyaç olmaksızın, teminatlar gelir kaydedilerek sözleşme feshedilir ve tasfiyesi genel hükümlere göre gerçekleştirilir. Yüklenici ile idare arasındaki sözleşme ilişkisi sonlanması üzerine fesih tarihine değin yapılan işin belirlenmesi amacı ile sözleşmenin feshedilmesinin onaylandığı işlerin hali hazırdaki vaziyeti, idare tarafından görevlendirilecek olan bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile tespit edilerek “Durum Tespit Tutanağı” düzenlenmektedir.

İdarenin oluşturmuş olduğu heyet tarafından tutanak tutulmasının sözleşme tarafı idarenin kabul beyanı niteliğinde olmasından bahisle, Durum Tespit Tutanağında; fesih tarihinde hazır bulunan iş ile eksik kalan işe ilişkin ayrıntılı inceleme yapılarak kayıt altına alınmalıdır²⁰⁸.

Tasfiye durumunda; yüklenicinin ihale konusu işte yapmış olduğu bölümleri için, tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul, teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesine ilişkin sözleşme ve mevzuat hükümleri edimin gereği gibi yerine getirilerek bitirilen işlerde olduğu gibi uygulanır. Genel şartname de belirlenen bu düzenleme dönmenin etkilerini sınırlayarak fesih tarihine değin geçerli bir sözleşme gibi hükümlerini doğurmaktadır²⁰⁹. Fakat yapılan bölümünün son hak edişindeki veya yapılması halinde bu bölümün kesin hak ediş raporundaki belirlenen tutara kıyasla hesaplanacak kesin teminat bedelinden fazla olan fark bedeli, tasfiye protokolünün imzasından sonra yükleniciye iade edilmektedir.

Tasfiye edilen işe ilişkin olarak teminat süresi dâhilinde veya sonrasında meydana gelebilecek kusur ve hataları idare tarafından görevlendirilecek bir komisyon aracılığı tespit edilir. Bu komisyon tarafından yükleniciye yapılacak olan tebligat üzerine, hazır bulunması halinde yüklenici veya vekili ile birlikte tespiti yapılmaktadır. Yüklenicinin izni olmak koşulu ile tasfiye durumunda yükleniciye ait tesis, araç ve makineleri idare tarafından alınabilir.

İhale sözleşmesinin feshedilmesi ve tasfiyesi durumlarında kesin hesap işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi adına fesih tarihine değin yapılmış olan iş ve hazırlığın ölçülebilir

²⁰⁸ BİLİR, Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, s.188.

²⁰⁹ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi, s.208.

olması gerekmektedir. Yüksek Fen Kurulunun ²¹⁰ 21.08.2008 tarih ve 225, : B.09.0.YFK.0.00.400 sayılı kararında belirtildiği üzere; ‘...Ölçülebilir duruma getirme, teknik zorunluluklar veya yapılmış kısımların korunmasına yönelik idare taleplerinin; ölçülü olması, süreçte sıkıntı yaratacak amaç dışı ilave iş niteliğinde olmaması aranılan bir husustur. Yükleniciden zorunlu olarak yapması istenilen bu imalatların, tasfiye hali göz önünde alındığında makul bir düzeyde tutulması önemli olmaktadır²¹¹.’ Yapılan işin ölçülebilir hale gelmesi maksadı ile işin belirli bir aşamaya kadar tamamlanması gereken hallerde bu durum tasfiye halinde Geçici Kabul Tutanağına, fesih halinde ise Durum Tespit Tutanağına ayrıntılı bir biçimde kaydedilerek yüklenicinin tamamlaması talep edilebilir. Yüklenici tarafından bu işler yerine getirilmez ise idare bu işi yüklenici hesabına yaptırarak, bedelini yüklenici alacağından düşürür. Yüklenicinin alacağının kalmaması durumunda tasfiye sürecinde teminattan kesilerek, feshi sürecinde ise genel hükümlere göre yükleniciden ayrıca tahsili gerçekleştirilir.

Sözleşmenin feshinden sonra sözleşme konusu iş için idare tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihaleye çıkabilir. Yarım kalan işlerin başka bir yükleniciye yaptırılması maksadı ile yapılan ihale edilmesinden ötürü, yüklenici herhangi bir talep veya hak iddiası bulunmamaktadır. Sözleşme konusu işin başka bir nedenle durmaması

²¹⁰ İlk olarak, 9.05.1934 tarih ve 2714 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan 2443 sayılı Nafia Vekâletinin Teşkilat ve Vazifelerine Dayalı Kanun ile Bakanlık bünyesinde ‘Nafia Yüksek Fen Heyeti’ adı ile kurulmuştur. 1972 yılı 1609 sayılı Bayındırlık Bakanlığı Kuruluş ve Görevleri Kanununda yer alan düzenleme ile günümüzdeki adını almıştır. 4735 sayılı Kanunun Ek.1 ve 2. Maddeleri gereğince;

Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı Ek Madde 1- Bu Kanuna göre düzenlenecek yapım ve yapım ile ilgili danışmanlık hizmet işlerine ilişkin sözleşmelerin uygulanmasında; sözleşmede bulunmayan veya fiyatı belirli olmayan işlerin fiyatının tespiti, ihale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki uyumsuzluk, iş programı ihtilafları, fiyat farkı ödenmesi ve hesaplanması, sürenin uzatılması ve ödenek aktarılması, geçici ve kesin kabul işlemleri, gecikme halinde uygulanacak cezalar, yaptırılacak ilave işler ve iş eksilişlerinde sözleşme anlaşmazlıklarını incelemeye Çevre ve Şehircilik Bakanlığı bünyesinde yer alan Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı görevli ve yetkilidir.

Sözleşme uygulamalarına yönelik itiraz başvuruları ve anlaşmazlıkların çözümü Ek Madde 2 –Yüklenici veya idareler, sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan anlaşmazlıklar nedeniyle yargılama veya Sayıştay incelemesine konu edilmemiş olmak şartıyla anlaşmazlığın çözümü için Yüksek Fen Kuruluna başvurabilirler. Yüklenici itirazları, sözleşmeyi düzenleyen idarelere, kesin kabul aşaması tamamlanıncaya kadar yazılı olarak yapılır. Bu itirazlar, ilgili idareler tarafından en geç otuz gün içinde Yüksek Fen Kuruluna gönderilir. Yüksek Fen Kurulu, itirazları en geç altmış gün içinde bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre inceleyerek karara bağlar ve bu kararlar ilgili idarece uygulanır

²¹¹ Yüksek Fen Kurulu, Kararlar ve Görüşler, T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Ankara, Şubat 2013, Yüksek Fen Kurulunun 21.08.2008 tarih ve 225, : B.09.0.YFK.0.00.400 sayılı kararından alınmıştır.

amacı ile yükleniciye ait tesisleri, malzeme ocakları, ihzar atı, teçhizat ve makinelerinden gerekli görülenlere idare tarafından el koyma işlemi gerçekleştirilebilir.

Sözleşmenin feshedilmesinden veya tasfiyesinden sonra “hesap kesme hak edişi” idare tarafından belirlenen süre içerisinde yüklenici ile birlikte sözleşmeye konu edimin gereği gibi yerine getirilmesi halinde uygulanacak esaslara göre *tasfiye onay tarihinde yüklenici tarafından gerçekleştirilen ölçülebilir imalatların tespitine ve fiyatlandırılmasına dayandırılmalı ve bütün bu tespitler, işe ait sözleşme ve eki ihale dokümanlarındaki şartlar değiştirilmeden yapılmalıdır*²¹². Yüklenicinin katılmaması veya yetkili bir vekil göndermemesi halinde, hak ediş işlemleri idare tarafından tek taraflı olarak gerçekleştirilmektedir. Yapım İşleri Genel Şartnamesi 47. Maddesinin 18. Fıkrasında yer alan düzenleme çerçevesinde ‘kesin hesap hak edişi’ için tasfiye onayına katılmayan yüklenicinin daha sonrasında söz konusu konuda ayrıca itiraz hakkı bulunmamaktadır. Yüklenicinin hak ediş raporuna usulüne uygun itiraz etmemesi halinde hak edişi olduğu gibi kabul etmiş sayılacağına ilişkin olarak; Yargıtay 15. HD. 2018/2843 E. , 2018/4186 K sayılı ve 31.10.2018 tarihli ilamında; ‘...yüklenicinin, hak ediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapıluncaya kadar, yetkililer tarafından hak ediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere bir itirazı olursa hak edişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok on gün içinde bu itirazını dilekçeyle idareye bildirmek zorunda olduğu, bu şekilde itiraz edilmediği takdirde hakkedişi olduğu gibi kabul etmiş sayılacağı düzenlemesine yer verilmiştir...’ hükmüne yer vermiştir.

08.08.2019 tarih ve 30856 sayılı Resmi Gazete ile Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliği ile Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47. maddesine eklenen düzenleme kapsamında kamu ihale sözleşmesinin yüklenicinin kusurundan kaynaklanan nedenlerle feshedilmesi neticesinde; hesap kesme işlemi sonrasında yüklenicinin idareye borçlu bulunması halinde bu borcun tahsili işlemleri, teminatın gelir kaydedildiği tarihte yapılan güncelleme sonucu çıkan fark

²¹² Yüksek Fen Kurulu, Kararlar ve Görüşler, T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Ankara, Şubat 2013, Yüksek Fen Kurulunun 21.08.2008 tarih ve 225, : B.09.0.YFK.0.00.400 sayılı kararından alınmıştır.

tutarının tahsili ve idarenin uğradığı zararın tazmini genel hükümler çerçevesinde yapılmaktadır.

2.2.Mal Alımı İhalelerinde Kamu İhale Sözleşmelerinin Tasfiyesi

Sözleşme konusu edimin ani edimli bir borç olması sebebi ile mal alımı ihalelerinin sözleşmelerinde uygulanacak tasfiye süreci yapım işi ihale sözleşmelerindeki ile benzerlik göstermektedir²¹³. Mal alım ihaleleri sözleşmelerinin tasfiye süreci Mal Alımlarına Ait tip sözleşmenin²¹⁴ 37. maddesinde düzenlenmiştir.

Mal alımı ihalesine konu sözleşmenin feshi halinde, yüklenici tarafından durdurulur. Yüklenici sözleşmeye konu alım işini idarenin işyerinde yerine getirmiş ise işyerini terk etmek mecburiyetindedir. İdare tarafından yükleniciye verilen malzemeleri, araçları, tüm evrak ve belgeleri, iş için yaptırdığı tasarım ve çizimleri, İdarenin talebi üzerine yazılı bir tutanakla teslim eder. Yüklenici ve/veya alt yüklenici, işyerinin korunması ve alınması gereken güvenlik önlemleri konularında İdarenin vermiş olduğu talimatları derhal yerine getirmek durumundadır. Yapım işi ihalelerinde yapılan düzenlemeye benzer nitelikte, idarenin, sözleşmenin feshi nedeniyle işi başka bir yükleniciye tamamlatması halinde, Yüklenicinin belgeleri kullanılabilmekte ve yüklenici bundan kaynaklı olarak herhangi bir hak talep ve iddiasında bulunamamaktadır.

Yükleniciye ait montaj malzemelerini ve geçici tesislerin teslim tarifi idare tarafından yazılı olarak bildirilir. Bu bildirim ile yüklenici risk ve maliyeti kendisine ait olacak şekilde iş yerinden ayrılır. Yüklenicinin, İdareye borçlu olması durumunda, idare bahsi geçen malzeme ve geçici tesisleri borç tutarını karşılamak maksadı ile satabilir ve satış bedelini üzerinden borç tutarının mahsubu halinde kalan tutar yükleniciye ödenir. İdare bu işlemleri gerçekleştirirken genel hukuk hükümlerine bağlı işlem tesis eder.

Fesih tarihi itibarıyla yapım işi ihalelerindeki Durum Tespit Tutanağına benzer şekilde idare, yüklenicinin yaptığı ya da teslim etmiş olduğu mal tutarını var ise hata ve

²¹³ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi, s.209.

²¹⁴ Mal alım ihalelerine ilişkin 04.03.2009 tarih ve 27159 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Tip Sözleşme ‘Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin’ ekinde yer almaktadır.

eksiklerinin karşılanması giderleri ve nihayetinde yükleniciye sözleşmeye bağlı olarak ödemesi gereken tutarı tespit eder. İdare tarafından gerçekleştirilen işlerin hatalı veya eksiklik olması durumunda hata ve eksikliklerin düzeltilmesi maksadı ile katlanılacak giderlerin tespit edilinceye değin yükleniciye yapılacak ödemeler durdurulabilir.

Yüklenicinin kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatı:

- Yürürlükteki TL ise direkt,
- Banka teminat mektubu ise banka aracılığı temin edilerek,
- Devlete ait değerli kâğıtlar, Hazine kefaletini haiz tahviller ise nakde çevrilmek

suretiyle, gelir kaydedilir. Gelir olarak kaydı gerçekleştirilen teminatların, yüklenicinin sözleşmeden kaynaklı borcuna karşılık olacak şekilde mahsubu yapılmaz. Mal Alımları Tip sözleşmesinde bulunan düzenleme çerçevesinde uygulanmasında hüküm bulunmayan durumlarda, genel hükümler esas alınarak işlem yapılacağı belirtilmiştir.

2.3. Hizmet Alımı İhalelerinde Kamu İhale Sözleşmelerinin Tasfiyesi

Sözleşme konusu borç sürekli edim içeren hizmet alımı ihalelerinde sözleşmenin feshi ileriye dönük sonuç doğurmaktadır. Hizmet alımı ihale sözleşmelerinin tasfiye süreci Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 54. maddesinde düzenlenmiştir. Hizmet alımı işine bağlı yapılan ihale sözleşmesinin feshedilmesi üzerine gelir kaydedilen kesin teminat bedeli yüklenicinin ihale sözleşmesinden kaynaklı idareye olan borcuna karşılık mahsup edilemez. İhale sözleşmesinin feshi ve hesabın görülmesi sonucunda yüklenici ve idare arasındaki ilişki kesilir. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sona erdirilmesi için sözleşme feshinin onaylandığı tarihte ihale konusu işin mevcut halinin tespit edilmesi maksadı ile ‘Durum Tespit Tutanağı’ hazırlanır. Durum tespit tutanağı ilgili idare tarafından görevlendirilen komisyon tarafından yüklenici veya vekilinin katılımı ile gerçekleştirilen inceleme esnasında tutulmaktadır.

Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 54. maddesine göre, sözleşmenin feshinden sonra sözleşme konusu iş için idare tarafından 4734 sayılı Kanuna bağlı olarak ihaleye çıkabilir. İhale sözleşmesinin sonlanması sonucu yarım kalan işlerin farklı yükleniciye tamamlanmasından kaynaklı olarak yüklenici herhangi bir hak veya tazminat talebinde

bulunamaz. Tasfiye halinde, işin yüklenici tarafından bitirilen kısımları için, ihale sözleşmesi ve Hizmet İşleri Genel Şartnamesi hükümleri dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda normal süreçte sözleşmenin devam ederken gereği gibi ifa edilen işler için bakım sorumluluğu, kabul ve teminatın geri verilmesi hakkında aynı şekilde işlem görmektedir. Ancak yapılan işe ait ödeme, son hak ediş tutarına bağlı olarak hesaplanan kesin teminat tutarından fazlası, tasfiye protokolünün imzalanmasından sonra yükleniciye geri verilir.

Tasfiye edilen işin, ön kabulünden sonra çıkacak ayıp ve hatalar idarenin görevlendirdiği komisyon ile idarenin yükleniciye göndereceği tebligata bağlı olarak, hazır bulunması halinde yüklenici veya vekili ile tespiti yapılır. Bazı tasfiye durumlarında kati hesabın elde edilebilmesi adına fesih tarihine değin gerçekleştirilen işlerin ölçülebilir hale getirilmesine ve teknik mecburiyetler sebebiyle veya bitirilen işin herhangi bir yıkım veya hasara karşı önlem alınması amacı ile işlerin belirli bir noktaya getirilmesine ihtiyaç duyulur. İdare, işin geldiği aşama ve tamamlanması gerekli olan haline ait tüm hususları tespit ederek tutanak ile kayıt altına almaktadır. Söz konusu kayıtlar tasfiye aşamasında geçici kabul tutanağında, sözleşmenin feshi aşamasında durum tespit tutanağında düzenlenir. İşlerin belirli bir aşamaya getirilmesi idare tarafından belli bir süre verilerek yükleniciden talep edilebilir. İşin belirli bir aşamaya getirilmesi talebinin yüklenici tarafından karşılanmaması durumunda bu işler idare tarafından yüklenici hesabına yapılır veya yaptırılır. İdare tarafından yapılan işlerin bedeli, sözleşme hükümleri çerçevesinde yüklenicinin yapması sonucunda ödenecek bedelden fazla olması durumunda, idarenin fazladan ödediği tutar yüklenicinin alacaklarından mahsup edilmektedir. Yüklenicinin alacağı yok ise bu tutar tasfiye aşamasında teminat tutarından, fesih halinde ise genel hükümler çerçevesinde tahsili yapılır.

Sözleşmenin sona ermesi üzerine “hesap kesme hak edışı” idarenin takdir ettiği süre içerisinde sözleşmeye konu edimin gereği gibi yerine getirilmesi halinde uygulanacak esaslara bağlı kalınarak ve yüklenicinin katılımı ile yapılır. Yüklenici hak ediş işlemlerine katılmaması veya vekil göndermemesi halinde bu işlemler idare tarafından tek taraflı

olarak yerine getirilir. Yüklenicinin iştirak etmediği hak ediş hesabına ilişkin olarak herhangi bir talep veyahut itiraz hakkı bulunmamaktadır.

Bilindiği üzere; Tebligat Kanununda tebliğe ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Bu esaslar çerçevesinde yapılmayan ve yükleniciye ulaşmaması veyahut kendisinden katılması beklenmeyecek bir halde olması ve vekil tayin edememesi sebebi ile yüklenicinin katılım sağlayamadığı ‘ hesap kesme hak edişi’ ne daha sonrasında itiraz edemeyeceği yönündeki bu düzenleme, yüklenicinin yasa yollarına başvuru ve savunma hakkını zedeleyici niteliktedir. Bu bahisle hesap kesme hak edişine ilişkin raporlamamaya bilgisi olmadığından veyahut kendisinden katılması beklenmeyecek bir halde olması ve vekil tayin edememesi sebepleri ile iştirak edemeyen yükleniciye vaziyetini ispat etmesi şartı ile itiraz hakkı verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.4. Tasfiye Uygulanacak Hükümlerin Dayanağı

Tasfiye ile amaçlanan tarafların bilhassa sözleşmeden kaynaklı zarar gören tarafın sözleşme imzalanmadan önceki hallerine dönmenin sağlanmasıdır. Bu durum en tereddütsüz olarak aynen iade ile sağlanmaktadır Fakat bazı durumlarda aynen iadenin gerçekleşmesi mümkün değildir. Aynen iadenin sağlanamadığı bu hallerde taraflar arasında menfaat dengesini sağlamak maksadı ile tasfiye işlemleri sözleşme ediminin konusu ve yapılan işin niteliği itibari ile seçilecek hukuki dayanağa bağlı olarak Borçlar Kanunu genel hükümlerinde çerçevesinde gerçekleştirilir. Tasfiyeye uygulanacak olan hukuki rejime ilişkin olarak öğretilde farklı görüşler mevcut olup tasfiyenin dayandığı hükümlere göre farklı sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle ihale sözleşmesinin tasfiyesine dayanak olarak gösterilen hukuki nedenlere ilişkin açıklama yapmakta fayda vardır.

2.4.1. Tasfiyenin Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Dayanması

6098 sayılı Kanun çerçevesinde tanımlamak gerekir ise sebepsiz zenginleşme kavramı; başkasına ait malvarlığı ya da emeği üzerinden haklı veyahut geçerli bir nedene dayanmaksızın kazanç sağlaması veya başkasının fakirleşmesine neden olunması sonucu

gerçekleşen bir borç kaynağı olarak kabul edilmektedir²¹⁵. 6098 sayılı Kanunun 77. madde hükmü ile sebepsiz zenginleşen kişinin söz konusu kazancı iade etme yükümlülüğü altında olduğuna hükmetmiştir. Kanun metninden anlaşılabacağı üzere sebepsiz zenginleşmeden bahsedebilmek için belirli koşulların bir arada gerçekleşmesi ön görülmüştür. Bu koşullar; haklı bir neden olmaksızın bir tarafın zenginleşmesi veya fakirleşmesi ve bir tarafın zenginleşmesi ile diğer tarafın fakirleşmesi arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır²¹⁶.

Haksız ve geçerli bir ilişkiye dayanmaksızın bir kazanıma sebebiyet vermesinden bahisle Batı hukuk sisteminde sebepsiz zenginleşme kavramı yerine ayrıca “meşru olmayan, hak edilmemiş zenginleşme” deyimini de kullanılmaktadır²¹⁷.

Kamu ihale sözleşmelerinin tasfiyesinde amacın tarafları sözleşme başlangıcındaki hale getirmenin amaçlandığını belirtmiştik. Bu bağlamda klasik dönme teorisine bağlı olarak dönme hakkının kullanılması neticesinde sözleşmenin baştan beri geçersiz kabul edileceğinden bahisle yerine getirilen edimlerin sebebinin ortadan kaldırılacağını öne sürmektedir²¹⁸. Bu durumda 6098 sayılı Kanunun 77. maddesinde bizzat yer aldığı gibi zenginleşmenin gerçekleşmemiş ya da geçerliliği bulunmayan veya sona ermiş bir nedenden kaynaklanması halinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir.

2.4.2. Tasfiyenin Sözleşmeden Doğan Bir Borç İlişkisine Dayanması

Yeni dönme teorisinin savunduğu bu anlayışa göre, dönme işlemi sözleşmeyi geçersiz hale getirmediğini savunmaktadır. Borç ilişkisi ortadan kalkmamış içerik değiştirmek suretiyle tasfiye ilişkisine dönüşerek taraflar arasında varlığını sürdürmektedir²¹⁹. Bu nedenle sözleşmeden dönme sonuçları bizzat sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Bu görüşe

²¹⁵ OĞUZMAN, ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, s.311-320.

²¹⁶ Turgut AKINTÜRK, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, s.98.

²¹⁷ Rona SEROZAN, Sebepsiz İktisap’ ta Yoksullaşma Ögesine Yer Var mıdır?, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:22, Sayı:3, 2016, s.2497-2504, s.2498 Erişim Sağlanan Web Adresi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/359619> , E. T.:08.09.2021.

²¹⁸ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi, s.211; DALCI ÖZDOĞAN, Sözleşmelerin Tasfiyesinde Uygulanacak Kuralların Tespiti, s.17.

²¹⁹ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1122; Gülgin ANIK, Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, TBB Dergisi Sayı:59, 2005, s.214-236, 226,.

bağlı olarak sözleşmenin tasfiyesinde taraflar sözleşme içerisinde gerçekleştirmiş oldukları edimleri sözleşme hükümlerine göre talep edebilmektedir.

Kamu ihale sözleşmelerinde tasfiye haline ilişkin olarak mal alımı tip sözleşmesinin ‘Sözleşmenin Feshi ve İşin Tasfiyesi’ başlıklı 35. maddesinde, yapım işi ihalelerinde Yapım İşleri Genel Şartnamesinin aynı başlıklı 47. ve 48. maddelerinde ve Hizmet İşleri Genel Şartnamesin ‘Sözleşmenin Feshi ve İşin Tasfiyesi’ başlıklı 54. maddesi hükümleri uygulanmaktadır. Bu hükümler kısmen yeni dönme hükümleri çerçevesinde sözleşme edimlerine başlanmış olması halinde yüklenicinin gerçekleştirdiği edimlerin bedeline ilişkin hak ediş işlemleri gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde idarenin sözleşmeden kaynaklı alacaklarına ilişkin genel hükümler çerçevesinde tahsilini sağlayabileceği de yeni dönme görüşünün kamu ihale sözleşmelerindeki uygulamasına örnek olarak gösterilebilir.

2.4.3. Tasfiyenin Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Hükümlerine Dayanması

Vekâletsiz iş görme kavramı, bir kimsenin herhangi bir sözleşme veyahut yasal bağlayıcılığı olmaksızın bilinçli ve isteyerek başka biri yararına iş görmesi halidir²²⁰. Borçlar Kanunumuzda; *vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlü olduğu* belirtilmiştir. Bu anlayış çerçevesinde kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi sonucu klasik dönme teorisinde belirtildiği gibi sözleşme ilişkisinin geçmişe dönük sonlanması benimsenmiştir. Fakat klasik dönme teorisinden farklı olarak sözleşmenin tasfiyesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil vekâletsiz iş görme hükümlerine göre yapılmaktadır.

²²⁰ Hüseyin Can AKSOY, Vekâletsiz İş Görende İş Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?, Ankara Barosu Dergisi, Hakemli Makale, 2017, Cilt:75, Sayı:1, s.91-121, s.96.

2.4.4. Tasfiyenin Satım Sözleşmesi Hükümlerinin Kıyasen Uygulanmasına Dayanması

Tasfiyeye dayanak olması açısından satım sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanmasını görüşü sözleşme konusu borç itibari ile ani edimli borç ilişkilerinde Borçlar Kanunu satım sözleşmelerine ait 217, 218 ve 229. madde hükümlerinin uygulanmasını savunmaktadır²²¹.

3.İADE

İade kavramı, sözleşmenin tasfiyesi halinde sözleşme konusu edimi gereği gibi yerine getirmeyen borçlunun sözleşmeden kaynaklı edindiği malı sözleşmenin alacaklısına vermesidir. Sözleşme sebebi ile kazanılan şeyin teslimi aynen veyahut aynen iadenin mümkün olmadığı hallerde bedelinin iadesi ile gerçekleşmektedir.

3.1. Aynen İade

Sözleşme ilişkisinin sonlanması üzerine taraflar arasında sözleşmeden önceki menfaat dengesinin sağlanması kendiliğinden gerçekleşmemektedir. Bu nedenle daha öncesinde yerine getirilen edim, yalnızca maddi nitelikte bir edim veyahut bir şeyin teslimi ise mülkiyetinin tekrar alacaklıya verilmesi, bir alacak olması halinde ise alacağın alacaklısına geri verilmesi gerekmektedir²²². Sözleşmeden doğan alacağın teslimi açısından en sağlıklı ve olağan yol aynen iadesidir²²³. Bu nedenle aynen iade borcu, alacaklısının sözleşme ile malvarlığında meydana gelen azalma kadar olduğu kabul edilmektedir²²⁴. Bu bağlamda aynen iade ile gerçekleşen olay öncesinde tarafların durumu ne şekilde ise aynı vaziyete getirilmek sureti ile zararın tazmini amaçlanmaktadır²²⁵.

²²¹ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.212.

²²² EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1123.

²²³ SCHWARZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s.132.

²²⁴ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.212.

²²⁵ SCHWARZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s.132.

Kamu ihale sözleşmelerine konu edimlere bakıldığında fiilen iadenin mümkün olduğu, mal alımı ihalelerinden kaynaklı ihale sözleşmeleri açısından aynen iade yolu ile taraflar arasındaki sözleşme öncesindeki menfaat dengesi sağlanabilir.

3.2. Bedelin İadesi

Sözleşmenin edimin gereği gibi yerine getirilmemesi sebebi ile sona ermesi üzerine gerçekleştirilecek tasfiye sürecinde edimin aynen iadesinin hukuken ve fiilen mümkün olmadığı bir hizmetin sağlanması, katlanma veyahut inşaat-eser sözleşmesinden kaynaklı yapma edimi içeren sözleşmelerde bedel iadesi yapılmalıdır. Bedel iadesi yapılırken dikkate alınacak esas borcun kazanıldığı an itibari ile piyasa değeridir²²⁶.

Kamu ihale sözleşmesinde geriye dönmenin sağlanamayacağı bir hizmetin sağlandığı hizmet alımı ihaleleri yönünden veyahut yapım işinin sağlanması ile kullanılan malzemelerin ayrılamayacak(mütemmim cüz) nitelikte olması sebebi ile aynen iadesi söz konusu olmamaktadır. Bu durumda sözleşmede bedel iadesine ilişkin herhangi bir kural konulmuş ise bedel iadesi; sözleşmeye konu yapılan işin sözleşme esnasında yerine getirildiği an itibari ile değeri dikkate alınarak gerçekleştirilmedir.

4. KESİN TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

4.1. Genel Olarak

Kamu ihale sözleşmeleri kamusal bir hizmet veyahut ihtiyacın sağlanmasına yöneliktir. Kamusal hizmet ve ihtiyaçlar sağlık ve eğitim gibi önem ve öncelik gerektiren ihtiyaçlardır. Dolayısı ile bu hizmet ve ihtiyaçların temini maksadı ile yapılan kamu ihale sözleşmelerinde yüklenicinin sorumluluğundan kaynaklı herhangi bir aksaklık telafisi güç veyahut mümkün olamayan hallere sebebiyet verebilir. Böyle bir duruma mahal vermemek adına kamu ihale mevzuatımız çerçevesinde kesin ve ek kesin teminat kavramlarına yer verilmiştir. Bu bağlamda kesin teminat; yüklenicinin sözleşme ile yükümlülük altına girmiş olduğu taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanına uygun olarak

²²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.

yerine getirmek üzere, sözleşmenin akdedilmesinden önce yüklenici tarafından idareye teslim edilen ve ihale bedelinin %6 oranındaki teminat bedelini ifade etmektedir²²⁷.

Kesin teminat kavramına ilişkin olarak 4734 sayılı Kanununun 34. ve 35.maddelerinde ve yine 4735 sayılı Kanununun 12 vd. maddelerinde düzenleme yapılmıştır. Yapılan düzenlemelerinin amacı yüklenici tarafından kamu ihale sözleşmesine konu edimi gereği gibi yerine getirmesidir. Dolayısı ile kesin teminatın gelir kaydedilmesi işleminin yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışının doğal sonucu olduğunu söylemekte fayda vardır. Yüklenicinin kesin teminatı, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda bulunan düzenlemeler ile sözleşmede sayılan haller dışında gelir kaydedilmesi söz konusu değildir. Teminatlar yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesinin sonucu olarak gelir kaydedilmek üzere alınmalarından bahisle üçüncü kişilerin yüklenicideki alacaklarına ilişkin olarak haczedilmesi ve üzerine ihtiyati tedbir konulması mümkün değildir²²⁸.

Değindiğimiz üzere ek ve kesin teminatlar; ihalenin gereği gibi ifa edilmesi durumunda iade edilmektedir. İade işlemleri gerçekleştirilmeden önce 4735 sayılı Kanununun 13. Maddesinde yapılan düzenleme çerçevesinde yüklenicinin ihale konusu iş sebebi ile idareye olan borçları, Sosyal Güvenlik kurumuna ait borçları ve ücret ile ücret niteliğindeki ödemelere ait yasal vergi kesintilerinin ödemediği tespit edilmesi üzerine bu kalemlerin mahsup edilerek, kalan bedel iade edilmektedir²²⁹.

Teminat bedellerinin iade edilmesi maksadı ile yapım işi ihalelerinde kesin hesap ve kesin kabul tutanağının onay tarihinden itibaren, diğer ihalelere ait işlerde ise işin kabul tarihinden ya da varsa garanti süresinin bitim tarihinden itibaren iki sene içerisinde idarenin yazılı ihtarına karşın talep edilmeyen teminat mektupları hükümsüz kalır ve

²²⁷ SANCAKDAR, US, KASAPOĞLU TURHAN, ÖNÜT, SEYHAN, s. 588.

²²⁸ DOĞANYİĞİT, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, s.717, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun Teminat Olarak Kabul Edilecek Değerler Başlıklı 34.maddesinde yer aldığı üzere; ‘....Her ne suretle olursa olsun, idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.’

²²⁹ Mehmet Serdar SALTABAŞ, Kamu İhalelerinde İdari Sözleşmelerin Oluşum Süreci, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Hukuku Uygulamaları, İstanbul Ticaret Odası Yayınları- Mevzuat Etütleri, Yayın No:2010-95, İstanbul, 2011, s.79-119, s.89.

bankasına iade edilir. Yüklenici tarafından sunulan diğ r teminatların ise sürenin bitimini takiben Hazineye irat olarak kaydedilir.

4.2. Kesin Teminat Olarak Kabul Edilecek Değ rler

Kesin teminat olarak kabul edilebilecek değ rler 4734 sayılı Kanununun 34. Maddesinde sayılmış olup bunlar;

- Tedavüldeki Türk Parası,
- Teminat mektupları,
- Hazine Msteş rlığınca ihraç edilen Devlet İ  Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler,
- Devlet İ  Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerden nominal değ re faiz dahil edilerek ihraç edilenler, anaparaya tekabül eden satış değ ri üzerinden ve
- Mevzuata bağlı olarak yurt i inde etkinlik g stermesine müsaade edilen yabancı bankaların tanzim ettiği teminat mektupları ile yurtdışında faaliyet g steren banka ve benzeri finans kontrgarantisi ile yurti inde faaliyet g steren bankaların veya finans kurumlarının hazırladıkları teminat mektupları da teminat olarak kabul edilir. D BS ve bu senetler yerine tanzim edilen belgelerden nominal değ re faiz dahil edilerek ihraç edilenler, anaparaya tekabül eden satış değ ri üzerinden teminat olarak kabul edilmektedir.

4735 sayılı Kanunun 34. maddesinde yapılan düzenlemede belirtildiği üzere; teminat mektubu dışında sunulan teminatların ihale komisyonunca geri alınması s z konusu değildir. Teminat mektubu haricindeki teminatlar saymanlık ve muhasebe birimlerine yatırılması gerekmektedir. Teminatların ancak yine teminat olarak kabul edilebilecek değ rler ile değiştirilmesi mümkündür.

4.3.Sözleşmenin Feshinde Kesin Teminatın Gelir Kaydedileceği Haller

Kamu İhale Sözleşmelerinin gereği gibi ifa haricinde farklı nedenler ile de sona erebileceğine ve bu sonlanma nedenlerine çalışmanın ikinci bölümünde yer verilmektedir. Bu bölümde değinildiği gibi sonlanma nedenlerine bağlı olarak bir takım hüküm ve sonuçlar meydana gelmektedir. Bu sonuçlardan biri de idarenin kesin ve bulunması durumunda ek kesin teminatların(teminatların) gelir kaydetmesi durumudur. Kesin ve bulunması durumunda ek kesin teminatların(teminatların) idare tarafından gelir kaydedileceğini ön görülen sonlanma halleri;

- Sözleşmenin izinsiz devri,
- Yüklenicinin İflası,
- Yüklenicinin Ağır hastalık hali, tutukluluk hali veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti,
- Yüklenicinin mali aczi,
- Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi,
- Yüklenicinin yasak fiil ve davranışta bulunmuş olmasıdır.

Kesin teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin olarak ayrıca; yüklenicinin mali acz hali, taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi halleri ile yüklenicinin yasak fiil ve davranışta bulunmuş olduğundan sebeple kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi halinde 4735 sayılı Kanununun 22. maddesi çerçevesinde; teminatlar(teminatlar) ilgili idare tarafından alındığı tarihten itibaren gelir kaydedileceği tarihe değin TÜİK tarafından yayımlanan aylık ÜFE'ye bağlı olarak güncellenir. Güncellene tutar ile teminat bedeli ile fark olması halinde bu fark yükleniciden ayrıca tahsil edilmektedir. Güncelleme yapılmadan irat olarak kaydedilen teminat sebebi ile kamu zararı doğmakta olup bu husus, Sayıştay

Temyiz Kurulunun 43214 tutanak numaralı ve 14.06.2017 tutanak tarihli kararında²³⁰ açık bir şekilde yer verilmiştir.

5. İHALEYE KATILMA YASAĞI

5.1. Genel Olarak

Gerek ihale süreci gerekse de kamu ihale sözleşmesinin yürütülmesi süresi boyunca istekli ve yüklenicilerin belirlenen eylem ve davranışlardan uzak durmasını büyük önem arz etmektedir. Yasaklama kararı ile eşit muamele, saydamlık, rekabet ve güvenirlilik gibi kamu ihalelerine hâkim olan ilkelerine uygun davranmak, idareyi zarara uğratmayı engellemek ve işlerin gereği ifa edilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır²³¹. Bu nedenle kamu ihale ve sözleşmenin uygulanması sürecinin ve bu süreçlerin sağlıklı bir biçimde geçirilerek sonlanması teminat altına almak adına yasada bulunan yasak eylem ve davranışları gerçekleştirenler yönünden ihaleye belirli bir süreliğine uygulanan idari yaptırımdır²³². Bu nedenle yasaklama işlemlerine ilişkin olarak açılacak olan davalar idari yargı kolunun görev alanındadır. Bu bahisle yasaklama kararı nedeni ile meydana gelen zararın tazminine ilişkin açılacak davalarda da idari yargı kolu görevlidir. Bu husus Yargıtay 15. HD. 1995/3436 E. , 1995/3993 K. sayılı ve 28.6.1995 tarihli kararı ile hüküm altına alınmıştır.

İhale hukukumuzda yasaklama sürelerine bağlı olarak karşıma 3 şekilde çıkmaktadır²³³. Bunlar;

- 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda sayılan yasak eylem ve davranışları gerçekleştirildiği tespit edilenler hakkında 1-2 sene aralığında süre ile verilen yasaklama,
- İhale uhdesine bırakılan isteklinin herhangi bir mücbir sebep hali olmaksızın ihale akdini imzalayamayan kişiler hakkında 6 ay ile 1 sene aralığında süre ile verilen yasaklama ve

²³⁰ Erişim sağlanan web adresi: <https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk>, Erişim tarihi:11.07.2021.

²³¹ Cemal YÜKSEK, Kamu İhalelerinden Yasaklama Yaptırımında Ölçülülük İlkesi, Terazi Hukuk Dergisi, Hakemli Makale, Cilt:10, Sayı:106, Haziran 2015, s.33-39, s.37.

²³² CAN, Kamu İhale Hukuku, s.101?

²³³ Volkan SIRABAŞI, Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2011, s.135.

- Mahkeme kararı ile 1- 3 sene aralığında süre ile verilen yasaklamadır.

Kamu ihale sözleşmelerinin sona erme nedenlerine bağlı olarak idare tarafından yüklenici aleyhine uygulanacak olan yasaklama 1-2 sene aralığında süre ile yasada belirlenen kurallara uygun olarak yasaklama işlemleri gerçekleştirilmektedir

5.2. Yasaklamaya Sebep Olan Fesih Halleri

Yüklenici hakkında yasaklama kararı verilmesinde esas alınan amaç; sözleşmenin uygulanması esnasında idarelerin zarara uğramasına engel olmak, sözleşme konusu işlerin gereği gibi ilerleyerek nihayetinde sözleşmenin ifa ile neticelenmesi sağlamaktır. Yasaklamaya ilişkin düzenlemelerde bu amaca aykırı davranışları caydırıcı olmasına hizmet etmektedir. Bu nedenle kamu ihale mevzuatımız çerçevesinde sözleşmenin sona erme nedenine bağlı olarak bazı fesih hallerinde yüklenici hakkında yasaklama kararı verilmektedir. Yasaklama kararına sebep olan bu fesih halleri;

- Sözleşmenin izinsiz devredilmesi nedeni ile kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi,
- Yüklenicinin mali aczi nedeniyle kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi,
- Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi,
- Yüklenicinin ihale sözleşmesinden evvel ki yasak eylem ve davranışları sebebi ile kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi ve
- Yüklenicinin sözleşme esnasındaki yasak eylem ve davranışları sebebi ile kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesidir.

Bu nokta da önemle belirtmek gerekir ki; Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluk ve mahkûmiyet halleri nedeni ile kamu ihale sözleşmelerinin feshedilmesi sonucunda yüklenici hakkında yasaklama kararı verilmemektedir. Her ne kadar iflas halinde de yüklenici mücbir sebep hali olmaksızın sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmedeğinden bahisle yasaklama kararı verilmesi gerektiği yönünde bir tereddüt söz konusu olmuş ise de yasa koyucu bu durumun önüne geçerek Kanununun 17. maddesi b. bendine bulunan iflas eden yüklenici hakkında ayrıca bir

yasaklama işleminin hariç tutulacağına dair hükmü çerçevesinde yüklenicinin iflası halinde yasaklama işleminin uygulanmayacağı açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır²³⁴.

5.3. Yasaklama Usulü

İdare tarafından gerçekleştirilen tüm işlemler gibi yasaklama işleminin gerçekleştirilmesinde de bir takım usul kurallarına uyulması gerekmektedir²³⁵. Bu bağlamda yasaklama kararını vermeye yetkili merci; sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmadığı idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığıdır. Yetkili merciinin verdiği yasaklama kararına ilişkin olarak Danıştay 13. Dairesinin 2014/368 E., 2020/1639 K. sayılı ve 30.06.2020 tarihli kararında²³⁶; ‘...*Bu itibarla, müsteşar tarafından imzalanmak suretiyle tesis edilen ihaleden yasaklama işleminde yetki yönünden hukuka uygunluk...*’ bulunmadığı belirtilerek yasaklama işleminde usuli işlemlerin önemi vurgulanmaktadır.

Bahsi geçen mercilerin vermiş olduğu yasaklama kararları; yalnızca ihale sözleşmesine konu ve ilgili idare için değil, tüm kamu kurum ve kuruluşlarının gerçekleştirdiği ihalelere yöneliktir.

Kamu ihale sözleşmesinin feshine sebebiyet veren yasak fiil ve davranışın tespiti üzerine idare tarafından verilen yasaklama kararına ilişkin süre, yasak eylem veya davranışların yasada belirlenen hallerine bağlı olarak bir seneden az olamayacak şekilde iki seneye kadar belirlenebilmektedir.

Tüzel kişiler hakkında verilen yasaklama kararı tüzel kişi şahıs şirketi ise ortakların tümüne, sermaye şirketlerinde ise sermayesine bağlı olarak sermayenin yarısından fazla

²³⁴ KARACA, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi, s.96.

²³⁵ Volkan SIRABAŞI, Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama, s.255.

²³⁶ Erişim sağlanan web adresi: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/13d-2014-368.htm>, Erişim Tarihi:13.06.2021.

olan bölümüne sahip ortaklar hakkında yasaklama işlemleri gerçekleştirilmektedir. Yasaklanan kişilerin başka bir yöntemle dolaylı şekilde kamu ihalelerine iştirak etmesini engellemek üzere; yasaklanan kişilerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; başka bir şahıs şirketinde ortaklıklarının bulunması durumunda bu şahıs şirketi hakkında da yasaklama kararı verilmektedir. Yasaklanan kişiler bir sermaye şirketi ortağı iseler ortaklık payına bağlı olarak sermayenin yarısından fazlasına sahip olmaları koşuluyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilmektedir. Yasak eylem veya davranışlarda bulunduğu tespit edilen kişiler, yasaklama kararının yürürlüğe girmesine değin aynı idare tarafından gerçekleştirilecek ihalelere de iştirak edemezler.

Yasaklamaya ilişkin olarak verilecek kararın maddi ve manevi ağır mahiyeti sebebi ile karar verilmesinden önce muhatapların savunmalarını alınmaktadır²³⁷. 4735 sayılı Kanununun 26. maddesi gereğince; yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren eylem veya davranışın tespit edildiği tarihi takip eden en geç kırkbeş(45) gün içinde verilmektedir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç onbeş(15) gün içinde gönderilir. Yasaklama kararının Resmi Gazetede yayımlanması kararın geçerlilik şartı değil yürürlük şartıdır²³⁸. Bu bahisle yasaklama, kararının alındığı tarih itibari ile geçerli olup yayımı tarihinde yürürlüğe girmektedir. Bu uygulamanın etkin bir şekilde sağlanması amacı ile bu kararlar KİK tarafından takip edilmek sureti ile kamu ihalelerine katılma yasağı bulunan kişileri kayıt altına almak maksadı ile sicillere yazılır. İdareler, yüklenicinin yasak fiil ve davranış olarak sayılan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaşmaları halinde gerekli işlemlerin yerine getirilmesi maksadı ile yetkili veya bağlı olduğu bakanlığa ihbar etmek mecburiyetindedir.

Ayrıca ihalelere katılımı yasaklayan eylemlerin suç teşkil etmesi halinde yasaklama kararı verecek olan bakanlık veya kamu kurum ve kuruluşları, söz konusu kişiler hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmaları gerekmektedir. Başlatılan kovuşturma neticesinde verilecek cezanın yanı sıra, idare tarafından 4735 sayılı Kanuna verilen yasaklama kararının bitiş tarihinden itibaren uygulanmak koşulu ile bir yıldan az

²³⁷ Ali D. ULUSOY, Yeni Türk İdare Hukuku, s.640.

²³⁸ Volkan SIRABAŞI, Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama, s.139.

olmamak üzere üç yıla kadar Yine 4735 sayılı Kanunda yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmalarına ilişkin mahkeme karar vermektedir.

Bununla beraber, 4735 sayılı Kanunda değinilen yasak fiil veya davranışları nedeniyle haklarında tekrar mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, mahkeme kararı ile sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmaktadır. 4735 sayılı Kanunun 27. maddesine göre; mahkeme kararı ile yasaklanan ve ceza hükmolunan kişiler, Cumhuriyet Savcılıkları tarafında sicillerine kaydedilmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine kaydedilmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilmektedir. Sürekli olarak yasaklamaya ilişkin verilen mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca bildiri izleyen onbeş(15) gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmaktadır.

6. ZARAR

6.1. Genel Olarak

Hem hukuki hem ekonomik değerlendirmenin bir arada yapılmasını gerektiren²³⁹ zarar kavramı; kurulan hukuki ilişkinin taraflardan birinin kusuru ile sonlanması üzerine uğradığı veya elde etmesi muhtemel olan bir kazançtan mahrum kalması neticesindeki eksilme ve kayıp olarak ifade edilmektedir²⁴⁰. Borçlar hukukumuzda zarar kavramı; birçok farklı sınıflandırmalara bağlı olarak ayrı ayrı gruplandırılmaktadır. Bu kapsamda sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda meydana gelen zarara ilişkin olarak üzerinde durulacak kavramlar menfi zarar ile müspet zarar kavramlarıdır.

Menfi(olumsuz) zarar; uyulacağı düşünülen geçerli bir sözleşme ilişkisine duyulan güven sonrasında sözleşmenin hükümsüzlüğü veyahut yerine getirilmemesi sebebi ile

²³⁹ Mehmet Sergan ERGÜNE, Olumsuz Zarar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul,2007,s.4.

²⁴⁰ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.287, Kumru KILIÇOĞLU, Yansıma Yoluyla Zarar, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Aralık 2011, s.4.

güvenin boşa çıkarılması sonucu uğranılan zarar olarak kabul edilmektedir²⁴¹. Sözleşmenin kurulması maksadı ile gerçekleştirilen noter, posta masrafları gibi giderler, sözleşmenin ifası maksadı ile yapılan hazırlık işlemlerine ilişkin masraflar, var olan sözleşme sebebi ile başka bir sözleşme yapma olanağının kaçırılması sonucu uğranılan zarar gibi sözleşmenin varlığına güvenilerek uğranılan her türlü zararı kapsamaktadır²⁴². Menfi zarar, kamu ihale sözleşmeleri açısından da öncelikli olarak tazmini ön görülmüş olup hususta kamu ihale sözleşmeleri açısından zarar kavramının değerlendirilmesinde açıklanacaktır.

Müspet zarar ise, borçlunun sözleşme konusu edimini '*adem-i ifası*' yani hiç ifa edilmemesi veya sözleşme ve ihale dokümanında belirlenen esaslara aykırı olarak ifa edilmesi sonucu alacaklı tarafın maruz kaldığı zararı ifade etmek üzere kullanılmaktadır²⁴³. Müspet zararın tespitinde esas kriter sözleşme gereği gibi ifa edilmesi halinde alacaklının mal varlığındaki değişimdir²⁴⁴. Alacaklının hiç veya gereği gibi yerine getirilmeyen sözleşmeden kaynaklı olarak katlanmış olduğu ihtar ve mehil verme masrafları, ifa edilmeyen sözleşmeye konu mal veya kaynağın başka birinden temini maksadı ile yeni bir sözleşme yapması sonucu katlanmış olduğu masraflar müspet zarar kapsamındaki zararlardır.

En sade şekli ile açıklamak gerekirse sözleşmenin geçerliğine güven ile yapılan masraflar yönünden dikkate alınacak zarar türü menfi zarar ve sözleşmenin edimi hiç ifa etmemesi veya sözleşme ve ihale dokümanında belirlenen esaslara aykırı olarak ifa edilmesinden meydana gelen zararlar ise müspet-olumlu zarar olduğu kabul edilmedir. Söz konusu zararların tazminine ilişkin zamanaşımı kavramı ise sözleşme ilişkisine bağlı olarak değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Prensipite zamanaşımının işlemeye başlaması alacağın vade tarihi geldiği tarihtir. Zamanaşımı süresi ise 6098 sayılı Kanunun 146. Hükmü ile belirlendiği üzere aksi yasa ile düzenlenmedikçe, tüm alacaklar 10 senelik

²⁴¹ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.107.

²⁴² OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.107-108.

²⁴³ SCHWARZ, Borçlar Hukuku Dersleri 1. Cilt, s.124.

²⁴⁴ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler; s.108, DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi, s.

zaman aşımı süresine tabidir.

Fakat yine 6098 sayılı Kanunun 147. maddesinde beş yıllık zaman aşımına tabi sözleşme ilişkileri belirtilmiştir. Bu maddeden belirtildiği üzere;

- Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler,
- Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri,
- Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar,
- Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar,
- Vekâlet, komisyon ve acentelik sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar ile
- Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tabidir.

6098 sayılı Kanunda yer alan genel hüküm niteliğindeki bu düzenlemede konusu itibari ile yukarıda değindiğimiz konularda yapılan kamu ihale sözleşmelerinden doğan zararın tazmininde zamanaşımı süresi 5 yıl olduğu dikkate alınmalıdır.

6.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshinde Zarar Kavramı

Kamu ihale sözleşmelerinin feshedilmesi üzerine meydana gelen zarar; sözleşme konusu edimin yüklenici tarafından gereği gibi yerine getirilmemesi sonucu idarenin uğramış olduğu kayıp olarak kabul edilmektedir. Sözleşmeye aykırı davranış sonucu meydana gelecek zarar menfi zararın söz konusu olabileceği gibi müspet zararda söz konusu olabilmektedir. Fakat sözleşmenin feshedilmesi durumunda talep edilecek olan zarar menfi zarardır. Bu yönde Yargıtay 15. HD. 1992/5474 E, 1993/3691 K. sayılı ve 28.9.1993 tarihli ilamında; *'...Sözleşme feshedildiğine göre burada olumlu zarar yani kar yoksunluğu zarara değil, olumsuz zarar yani sözleşme kurulmamış olsaydı davacı yüklenicinin malvarlığı ne durumda olacak idiye, sözleşmenin kurulmasından dolayı malvarlığında meydana gelen fiili eksilme tazminat olarak talep edilebileceği..'*

belirtilerek menfi zarar kalemleri değinilmiştir. Aynı hükmün bir diğer üzerinde durduğu nokta ise hesap edilecek olumsuz zararın tutarı hiçbir durumda olumlu zarar tutarını geçemeyeceğidir²⁴⁵.

Kamu ihale mevzuatına bakıldığında idarenin uğramış zarar ve ziyanın yükleniciden tazmin edileceği fesih halleri;

- Yüklenicinin mali acz içinde olması,
- Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi ve
- Yüklenicinin yasak eylem veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi halleridir.

Hukukumuzda ihale sözleşmelerinden kaynaklı müspet zararın tazmin kabul edilmemekle birlikte 4735 sayılı KANUN dönemi ile Kanunda bulunan düzenleme çerçevesinde alacaklı konumunda olan idare müspet zararına örnek vermek gerekir ise, sözleşmenin gereği gibi veyahut hiç ifa edilmemesi sebebi ile yeniden ihaleye çıkılması sonucu gerçekleştirmiş olduğu ihale masrafları, yüklenicinin temerrüdü üzerine temin edilemeyen mal, hizmet veyahut yapım işini başka bir yükleniciye yaptırması sonucu fiyat farkı sebebi ile katlanmış olduğu masraflar müspet zarar olarak kabul edilmelidir.

Menfi zarar olarak kabul edilecek olan zararlar ise; idarenin sözleşme yapmak maksadı ile ihale sürecinde katlanmış olduğu masraflar, sözleşmenin ifa edilmesi maksadı ile gerçekleştirmiş olduğu yer temini gibi hazırlık çalışmalarından kaynaklı masrafları, dava açılması halinde dava masrafları, yapılan sözleşme sebebiyle yeni bir akit yapma olanağını kaybetmesi sonucu (ihale sürecinde ekonomik açıdan en avantajlı teklif veren ikinci istekli ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılması gibi) uğranılan zararlar menfi zarar olarak yükleniciden talep edilebilecek zararlardır. Bu hususa ilişkin olarak; Yargıtay 13.HD. 1996/3653 E, 1996/3920 K sayılı ve 16.04.1996 tarihli ilamında; ‘....Sözleşmenin feshinde istenebilecek zarar ise olumsuz zarardır. Sözleşmenin geçerliliğine ifa

²⁴⁵Yargıtay 15. HD. 1992/5474 E, 1993/3691 K. sayılı ve 28.9.1993 tarihli ilamı aynı yönde verilmiş bir diğer Yargıtay kararıdır.

edileceğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zarar da olumsuz zarar kapsamında değerlendirilmektedir... ' şeklinde hüküm tesis etmiştir.

İdare tarafından işin tekrar ihaleye çıkılması üzerine ikinci ihalede daha yüksek bir bedel üzerinden işin yapılmış olmasına ilişkin zarar tazmini talebinde esas alınacak kritere ilişkin olarak Yargıtay'ın yerleşik uygulamasında; *menfi zararın yüklenicinin yapmadığı ve fesih tarihi itibarıyla kalan iş ve imalâtın ilk ihalede yükleniciden sonraki en düşük teklifi veren teklif sahibine verilmesi halinde ödenmesi gereken bedel (kaçırılan fırsat) bulunup, kalan işin fesih tarihinden itibaren makul süre içinde ve aynı koşullarda başka bir yükleniciye verilmesi halinde ödenecek bedel hesaplattırıldıktan sonra bulunacak rakam ile kaçırılan fırsat olarak ifade edilen ilk ihalede yükleniciden sonra en düşük fiyatı veren teklif sahibinin verdiği fiyat arasındaki fark ile bu farka ikinci ihalenin yapılması için gerekli masraflar eklenerek hesaplanması gerektiği kabul edilmektedir*²⁴⁶.

Kamu ihale sözleşmelerinden kaynaklı zararın tazmini talep etmek üzere uygulanacak olan zamanaşımı süresine ilişkin olarak kamu ihale mevzuatında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle kamu ihale mevzuatında hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanmasına yapılan gönderme dikkate alınarak sözleşme ilişkisinin konusuna bağlı olarak Borçlar Kanunu hükümleri ile belirlenen zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekmektedir. Bu halde yükleniciden kaynaklı bir nedene bağlı olarak kamu ihale sözleşmelerinin sonlanması halinde tazminat talepleri, sözleşme fesih beyanın ilgili taraf hâkimiyet alanına girmesinden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde talep edilmesi gerekmektedir. Fakat ihale sözleşme konusu istisna sözleşmesi niteliğindeki bir mal alımı ihale sözleşmesi, hizmet alımı veya yapım işi ihalelerinde Borçlar Kanunu 147 inci madde çerçevesinde 5 yıllık zamanaşımına tabidir²⁴⁷.

²⁴⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.01.1990 gün ve 1989/13-392 Esas, 1990/1 Karar, Yargıtay 15. HD'nin 15.11.1993 gün 1993/854 Esas 1993/4589 Karar, 03.02.1997 gün 1997/47 Esas 1997/556 Karar, 16.06.1994 gün 1993/4758 Esas 1994/4044 Karar, 02.02.2017 gün 2015/5697 Esas 2017/441 Karar sayılı ve 27.9.2017 gün 2016/2422 Esas 2017/3170 Karar sayılı ilâmları.

²⁴⁷ DEMİRBOĞA, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, s.218.

SONUÇ

Kamusal ihtiyaçlar ve kamu hizmetleri doğası gereği devlet eli ile sağlanması gereken ve sağlık, eğitim ve ulaşım gibi karşılanması zorunluluk teşkil eden ihtiyaçlardır. İdari rejimin temel ilkesi gereği de kamusal ihtiyaçların sağlanması idareleri tek taraflı işlemler ile gerçekleşmektedir. Fakat kamusal ihtiyaçların çeşitliliği ve çokluğundan ötürü temininde özel hukuk kişilerine ihtiyaı doğurmuştur. Bu ihtiyaçların temini maksadı ile idarelerin gerçekleştirdiği ihale süreci neticesinde idare ile ihaleyi alan özel hukuk kişisi arasında akdedilen sözleşmeler kamu ihale sözleşmeleridir.

Gelişim halinde olan bir hukuk dalı olan kamu ihale mevzuatımıza bakıldığında 4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda kamu ihale sözleşmelerinin; idarenin yürüttüğü bir idari süreç olan ihale süreci sonunda imzalandığı ve sözleşmenin imzalanmasından sonraki süreçte tarafların eşit hak ve ykmllklere sahip olduğu görüşü benimsenmiştir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak yapılan ihale sözleşmelerinde uygulanacak hukuk normunun tespiti açısından birçok uyuşmazlık ve tereddütte sebebiyet vermektedir. Diğer taraftan kamu ihalelerinin gerek kamu ekonomisi açısından önemi gerekse de özel sektör ekonomisine etkisi düşünüldüğünde kamu ihale hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerin, akademik araştırmaların ve içtihatların önemini arttırmaktadır.

Kamu ihale hukukuna ilişkin olarak yaşanan bu uyuşmazlık ve tereddüt özellikle ihale sözleşmelerinin fesih sürecinde yaşanmaktadır. Bu durum hukukçu olarak araştırma konumuzun şekillenmesini sağlamıştır. Dolayısı ile bu tez çalışmasında; kamu ihale sözleşmelerinin yükleniciden kaynaklanan fesih nedenleri ile bu fesih nedenlerini doğurduğu hüküm ve sonuçlarına ilişkin araştırma yapılarak mevzuat hükümleri, doktrin

ve içtihatlar bir arada incelenmiştir. Amacımız uygulamada yaşanan değindiğimiz sorun ve tereddütlerin çözümüne yardımcı olmaktır.

Bu bağlamda yaptığımız incelemeler de ihale sözleşmelerine ilişkin olarak hazırlanan tip sözleşmeler ile idari ve teknik şartnamelerin içeriğine bakıldığında ihale sözleşmelerinin uygulanmasına ilişkin olarak sürekli olarak borç ilişkilerine uygulanacak genel hükümlerin yer aldığı 6098 sayılı TBK hükümlerinin uygulanmasına gönderme yapıldığı görülmektedir. Gerçekten de kamu ihale sözleşmelerinin ortaya çıkışındaki ilk düşünce kamusal ihtiyaçların sağlanmasında özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı bir özel hukuk sözleşmesi olması yönündedir. Fakat sözleşmenin imzalanmasından önceki ihale süreci, sözleşme esnasında ve sonlanmasında uygulanabilecek idari yaptırımlar ve sözleşme konusunun üstünlük ve öncelik gerektiren kamusal ihtiyaçlarının karşılanması olması; idare hukuku kuralları ile iç içe geçmiş ve idare hukuk kuralları ile özel hukuk kurallarının bir arada değerlendirilmesini gerektiren kendine özgü nitelikte bir sözleşme olduğu sonucuna bizi ulaştırmaktadır. Bu bağlamda mevzuat hükümlerine bakıldığında ise genel olarak idarenin tek taraflı işlem tesis etmesi ile borçlar hukuku çerçevesinde sözleşme taraflarının eşitliği ilkesi arasında denge sağlamak adına herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Kamu ihale sözleşmelerinin sonlanma halleri; 4735 sayılı Kanun ile belirlenen haller yanında 6098 sayılı Kanunda bulunan genel sona erme nedenlerini kapsamaktadır. Yükleniciden kaynaklı sonlanma halleri 4735 sayılı Kanunda bulunan sona erme nedenleri; sözleşmenin izinsiz devri, yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, mahkûmiyeti, mali acz içinde olması ve yasak eylem ve davranışlarda bulunmasıdır. 6098 sayılı Kanunda bulunan sonlanma nedenleri ise ifa, ibra, yenileme, sözleşme taraf sıfatlarının birleşmesi, kusurlu imkânsızlık ve takastır.

Sona erme nedenine bağlı olarak fesih süreci şekillenmekte ve fesih usulleri de ayrılmakla birlikte yüklenicinin kamu ihale sözleşmesini feshedebilmesine ilişkin olarak ise 4735 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle 4735 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 6098 sayılı Kanunun genel hükümlerinin

uygulandığı hususu dikkate alınarak idarenin hem alacaklı hem de borçlu olduğu edimler yönünden temerrüdünün söz konusu olması halinde yüklenicinin sözleşmeyi feshine ilişkin olarak 6098 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanılmıştır.

Yaptığımız açıklamalardan anlaşılaçağı üzere; ihale sözleşmesinin sona erme nedenlerinde olduğı gibi sona ermesinin sonuçlarında da gerçekleştirilecek işlemler açısından idare hukuku hükümleri ile özel hukuk hükümleri iç içe geçmiş bir şekilde yorumlanarak uygulanması gerekmektedir.

Kamu ihale hukuku mevzuatlarında yer alan ihale sürecinin ve ihale sözleşmesinin idare tarafından tek taraflı yürütölmesi ile 4735 sayılı Kanunda yalnızca yüklenici kusurundan kaynaklı fesih hallerinin düzenlenmesi sonucunda sözleşme tarafları arasında dengesiz bir menfaat ilişkisi yorumuna sebebiyet verdiğı kanaatindeyiz. Bu nedenle 4735 sayılı Kanunun yapılacak düzenlemeler ile fesih ve tasfiye sürecine ilişkin yalnızca yüklenici kusuru ve yükleniciye yönelik idari yaptırımları içeren hükümler değiştirilerek sözleşmenin her iki tarafını bağlayacak düzenlemeler yapılmalıdır. Aynı şekilde sözleşme taraflarının karşılıklı hak ve yükümlölükleri düzenlenmelidir. Bu hak ve yükümlölöklere ilişkin düzenlemeler; sözleşme tarafları arasındaki eşitliğin kamusal hizmet ve ihtiyaçların karşılanmasıdaki öncelik ve öneme bağılı olarak denge sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU Kevork: ‘Alıud’ ve Federal Mahkemenin ‘Alıud’ Konusundaki Tutumu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:9, Yıl:1972, s.19-29, s.19.
- Adalet Bakanlığı : İdare Hukuku Ders Notları, Erişim Sağlanan web adresi: <https://edb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/266202015435213-%C4%B0DAREHUKUKU.pdf> , E.T:03.02.2020.
- AKDOĞAN Muzaffer: Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri Ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 72, Sayı 2, T. 13.06.2014, s.683-701.
- AKINTÜRK Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta Basım A.Ş., 13. Bas., İstanbul, Eylül 2007.
- AKSOY Hüseyin Can: Vekaletsiz İş Görende İş Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?, Ankara Barosu Dergisi, Hakemli Makale, 2017, Cilt:75, Sayı:1, s.91-121, s.96.
- AKYILMAZ B. , SEZGİNER M. , KAYA C.: Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, 2020.
- ALTINKÜLÇE M. Rasih : 6552 ve 6518 sayılı Kanunlardaki Değişikliklerle Kamu İhale Kanunu, İzden Yayıncılık,2015.
- ANIK Gülgin : Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, TBB Dergisi Sayı:59, 2005, s.214-236, 226, Erişim Sağlanan Web Adresi: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-59-160> Erişim Tarihi:08. 09.2021.

- APAGİRLİ Murat : ‘İhale Hukukunda İstekli Kavramı’, Mali Hukuk Dergisi, Sayı:165, 2013 Mayıs-Haziran Dönemi, s.1., Erişim sağlanan web adresi <https://docplayer.biz.tr/9317493-Ihale-hukukunda-istekli-kavrami.html> Erişim Tarihi: 12.02.2020
- ATAMULU İsmail, KÖROĞLU Emre :Türk Borçlar Hukukunda Alacaklı ve Borçlu Sifatının Birleşmesi Sebebi ile Borcun Sona Ermesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13. Sayı:1 Yıl:2018, s.149-151, Erişim sağlanan web adresi: <https://dergipark.org.tr/tr/download/articlefile/475412#:~:text=Borcun%20sona%20erdiren%20sebeplerden%20alacaklı%C4%B1,ki%C5%9Fide%20birle%C5%9Fmesiyle%20bor%C3%A7%20sona%20erer> , Erişim Tarihi:03.07.2021.
- BAFRA Erdem : Kamu İhale Hukukuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Karar Analizleri, Seçkin Yayıncılık,1. Baskı, Ankara, 2017.
- BASTIK Serdar : Kamu İhalelerinde İdari Başvurular, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnşaat ve Malzeme Genel Müdürlüğü, Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara, 2011, <http://www3.tcmb.gov.tr/kutuphane/TURKCE/tezler/serdarbastik.pdf> Erişim Tarihi: 02.04.2021.
- BAŞ H.H. , SEYHAN E. Y. : Yargı ve Kurul Kararları Işığında 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve İlgili Mevzuat, Beta Basım A.Ş., 1. Bası, İstanbul, Şubat 2008.
- BİLİR Dilek : Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara Üniversitesi SBE,(Yayınlanmamış Doktora Tezi),Ankara,2010.
- BUZ Vedat : ‘Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları’, Yetkin Yayınları,2007, Ankara.
- CAN Ozan : ‘Kamu İhale Hukuku’ Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2019.

- ÇAKIROĞLU Berivan, SAR Enes : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Tahtında
Sözleşmeden Dönme ve Fesih, GSI Articletter, Article5, Winter
2019,s.83-96.
- ÇAĞLAYAN Ramazan : İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 7.Baskı,
İstanbul, 2019.
- DALCI ÖZDOĞAN Nucihan :Sözleşmelerin Tasfiyesinde Uygulanacak Kuralların
Tespiti, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık
2016, Cilt:3, Sayı: 6, s.13-20.
- DEMİRBOĞA Dursun Ali: Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Yetkin
Yayınları,2013,Ankara.
- DEMİRBOĞA Dursun Ali : Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Gazi Üniversitesi Sosyal
Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi,
Ankara,2013.
- DOĞAN Esra : Kamu İhale Konusunda Birincil ve İkincil Mevzuat
Hakkında Genel Değerlendirme, Karşılaştırmalı İdare
Hukukunda Kamu İhale Hukuku Uygulamaları, İstanbul
Ticaret Odası Yayınları- Mevzuat Etütleri, Yayın No:2010-
95, İstanbul, 2011, s.31-79.
- DOĞANYİĞİT Sadettin : Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu,
Seçkin Yayıncılık, 2021.
- DOĞANYİĞİT S. , GÜVENDİ İ. : İhale ve Sözleşme Hukuku, Kamep Derneği
Yayınları, Ankara, 2016.
- EREN Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları,14. Baskı,
Ankara,2012.
- ERGÜNE Mehmet Sergan :Olumsuz Zarar, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul,2007.
- GİRİTLİ İ. , BİLGİN P. , AKGÜNER T. : İdare Hukuku, Der Yayınevi, 3.Baskı,
İstanbul, 2008.

- GÖK Yaşar : ‘Kamu İhale Sözleşmelerine Hakim Olan İlkeler’, Erişim sağlanan web adresi: <http://www.kimakademi.com.tr/pdf/kamu-ihale-4.pdf> , Erişim Tarih, 08.02.2020
- GÖK Yaşar : Kamu Yapım Sözleşmelerinde Hakedişlere İtiraz Uygulaması, Erişim sağlanan web adresi: <http://www.kimakademi.com.tr/pdf/kamu-yapim-hakedis-sozlesme.pdf> , E.T: 09.08.2021.
- GÖZLER Kemal : İdare Hukuku 2. Cilt, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Bursa, 2019.
- GÖZLER K. , KAPLAN G. : İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 21.Baskıdan, Bursa, 2018.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref : Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, 13.Baskı, Ankara, 1999.
- GÖZÜBÜYÜK A.Ş., TAN T. : İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, Turban Kitabevi, 8.Bası, Ankara, Kasım 2011.
- GÜNDAY Metin : İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011.
- GÜNDOĞDU Fatih : Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İmkansızlık ve Hukuki Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tez Çalışması, İstanbul,2011.
- GÜNEŞ CEYLAN Seldağ : Roma Hukukunda Contactus(Sözleşme), Pactum(Anlaşma) İlişkisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt No:9, Sayı:1,2, Ankara 2004.
- HATEMİ H. , GÖKYAYLA K.E. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul, 2015.
- İLHAN Celalettin :Anahtar Teslimi Mühendislik-Satınalma-Yapım Sözleşmelerde Bir Risk Yönetimi Sistematiği Geliştirilmesi, İstanbul Üniversitesi FBE,(Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi),İstanbul,2010,s.35 (Danışman: Doç. Dr. Uğur MÜNGEN)

- KAMERCAN Fatih : Türk Borçlar Hukukunda Takas, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5(1), Bahar, 2018, s.271-293, s.272, Erişim sağlanan web adresi; <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1102269> , Erişim tarihi: 29.06.2021
- KAPLAN Gürsel : İdari Yargılama Hukuku, Ekin Bas., 7. Baskı, Ekim 2020.
- KARACA Mehmet :Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009,
- KARAHANOGULLARI Onur: “Özelleştirme Yöntemi Olarak İhale”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, cilt 7, sayı 1, (1998), sayfa 104-109.
- KAZANCI Behiye Eker : İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin Yayıncılık,2. Baskı, 2011.
- KEMER MUSTAFA : 4735 Sayılı KANUN Kapsamında Yapım İşleri, Ankara, Sözkese Matbaası,2004.
- KILIÇ Duygu : Kamu Alımları İhale ve Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Ekim 2010.
- KILIÇOĞLU Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi,15. Baskı, Ankara, 2012.
- KILIÇOĞLU Kumru : Yansıma Yoluyla Zarar, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Aralık 2011.
- KULUÇLU Erdal : ‘Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri’, Sayıştay Dergisi, Yıl:2003 Sayı: 49 s. 99-115., s.103., Erişim sağlanan web adresi : <https://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423911737.pdf> Erişim Tarihi: 30.04.2021.
- NOHUTÇU Ahmet : İdari Yargı, Savaş Yayınevi, 8.Baskı, Ankara, 2013.

- OĞUZMAN M. Kemal, ÖZ M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 13.Baskı, İstanbul, 2015.
- OĞUZMAN M. Kemal, ÖZ M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, 13.Baskı, İstanbul, 2017.
- ONAR Sıddık Sami : İdare Hukukunun Umumi Esasları,3.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul,1966.
- ÖZTOPRAK Sezin : İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları, Selçuk Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Doktora Tezi (Danışman: Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK), Konya,2019.
- ÖZTÜRK Berna : ‘Sözleşmenin Devri’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yıl:2016 Sayı: 125 s. 263-296., s.264., Erişim sağlanan web adresi : <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-125-1590> Erişim Tarihi: 30.04.2021.
- SCHWARZ Andreas B. : Borçlar Hukuku Dersleri 1. Cilt, Çeviren: Bülent DAVRAN, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:345, Hukuk Fakültesi No:75, Kardeşler Basımevi, İstanbul,1948.
- SANCAKDAR O., US E., KASAPOĞLU TURHAN M., ÖNÜT L. , SEYHAN S. : İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, Ekim 2017.
- SALTABAŞ Mehmet Serdar :Kamu İhalelerinde İdari Sözleşmelerin Oluşum Süreci, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Kamu İhale Hukuku Uygulamaları, İstanbul Ticaret Odası Yayınları- Mevzuat Etütleri, Yayın No:2010-95, İstanbul, 2011, s.79-119.
- SEROZAN Rona : CISG'A VE TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları,İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXX, Sayı: 2, s. 207-220
- SEROZAN Rona : Sebepsiz İktisap’ ta Yoksullaşma Öğesine Yer Var Mıdır?, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,Cilt:22, Sayı:3,2016,s.2497-2504 Erişim Sağlanan Web

Adresi:

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/359619>,

Erişim Tarihi:08.09.2021.

SEZGİNER Murat : İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, Kasım 2013.

SIRABAŞI Volkan : Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2011.

SUNAY Nesrin Akın : ‘Kentsel Dönüşüm Uygulamaları Kapsamında Akdedilen Arsa Payı Karşılığı İnşaat sözleşmelerinde Karşılaşılan Hukuki Sorunlar Ve Çözümlemeler’, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl:2019, Cilt: 93, Sayı:2019/2, s.273-291.

ŞEKER Muzaffer : ‘6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanuna Göre İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi’, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 81-98, Erişim sağlanan web adresi

https://ticaret.edu.tr/Uploads/yayin/sosyal/81_98_Muzaffer_Seker.pdf Erişim Tarihi: 02.04.2021

ULUSOY Ali D. : Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

UZ Abdullah : İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri’, Turhan Kitapevi, 2010,Ankara.

ÜNVER Y., HAKERİ H : Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 9. Bas., Ankara, 2014.

TAN Turgut : İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, 6.Bası, Ankara, 2017

TUNA Mustafa Oğuz: Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul,2013.

- TUNÇOMAĞ Kenan : “Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) İle İlgili Objektif Görüşler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 32, Sayı 2-4, s.884-905, 1966.
- YAVUZ Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Deta Basım Yayım Dağıtım, 5. Baskı, İstanbul,1997.
- YURDUSEVEN Şeyma : Borçlar Hukukunda İbra, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.
- YÜCEL Ali Rıza : İdari Sözleşmeler ve İmtiyaz Sözleşmeleri, Türkiye Mühendislik Haberleri Sayı 439-440 - 2005/5-6.
- YÜCER İpek :Yenileme(Tecdit), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı: 1, Yıl:2007, s.233-259.
- YÜKSEK Cemal : Kamu İhalelerinden Yasaklama Yaptırımında Ölçülülük İlkesi, Terazi Hukuk Dergisi, Hakemli Makale, Cilt:10, Sayı:106, Haziran 2015, s.33-39.
- Yüksek Fen Kurulu : Kararlar ve Görüşler, T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Ankara, 2013.

İNTERNET KAYNAKLARI:

www.danistay.gov.tr
www.edb.adalet.gov.tr
www.mevzuat.gov.tr
www.kazanci.com.tr
www.kararara.com.tr
<http://sozluk.gov.tr/>
<http://dergipark.org.tr/tr/>
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/>
<http://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>
<http://www.kimakademi.com.tr/>
<http://kutup.dicle.edu.tr/vetisbt/>

<https://www.kikkararlari.com/3640-96/ihale-terimleri-sozlugu.html>

<https://www.acarindex.com/>

<https://kararlar.sayistay.gov.tr/tkk/>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/54>

