

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

DOKTORA TEZİ

**Hazırlayan
Dursun Ali DEMİRBOĞA**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN**

Ankara - 2013

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

DOKTORA TEZİ

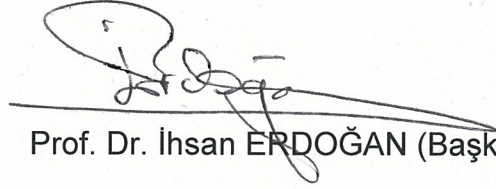
**Hazırlayan
Dursun Ali DEMİRBOĞA**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN**

Ankara - 2013

ONAY

Dursun Ali DEMİRBOĞA tarafından hazırlanan "Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi" başlıklı bu çalışma, 20/06/2013 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim dalında Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.



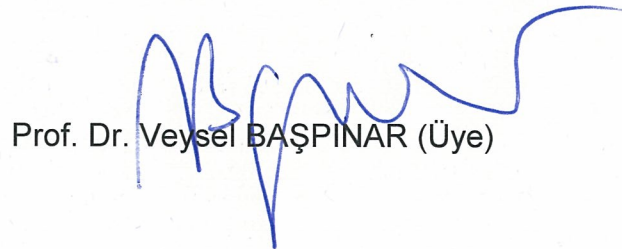
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Başkan)



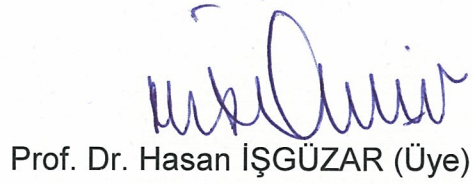
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM (Üye)



Prof. Dr. Cemal OĞUZ (Üye)



Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (Üye)



Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR (Üye)

ÖNSÖZ

Kamu ihale sözleşmeleri taşıdığı iktisadî ve siyasî önemi yanında inkâr edilemez bir gerçek olarak hukukî bir öneme de sahiptir. Bu nedenle ziyadesiyle araştırma yapmayı hak eden bir alan olma niteliği taşımaktadır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun yeni olması ve bu alanda yeterli çalışmanın bulunmaması uygulamada belirsizlikler meydana getirmektedir. Bu belirsizliklerin giderilmesi ve araştırmacıların dikkatinin bu alana çekilmesi bu araştırmanın temel amaçlarından biridir.

Kamu ihale sözleşmesinin feshinde teorik yaklaşımların tartışılması ve taraflar arasında sözleşme aşamasında çıkacak uyuşmazlıkların giderilmesinde adil bir çözümü ortaya koyar. Anılan Kanunda yer alan çelişkili hükümlerin yorumlanmasında, idare ile yüklenici arasındaki menfaatler dengesinin korunmasında bu araştırma önemli bir kaynak teşkil edecektir. Araştırma aşamasında yabancı kaynaklara ulaşmamdaki kolaylık başlangıçta öngördüğüm araştırma yolunu ve sonuçlarını önemli ölçüde değiştirmiştir. Burada şunu da söylemek gerekir ki, Türk Hukukunda kamu ihale sözleşmeleri konusunda yapılan araştırmalar Kıta Avrupası Hukuk Sistemine entegrasyonda gerçek bir temel teşkil etmektedir. Bu nedenle karşılaştırmalı olarak konunun incelenmesinde Anglo-Saxon sistemi ile Kıta Avrupası sisteminin farklılıklarının ortaya konulmasında bu eserlerin katkısı inkâr edilemez.

Bu alana yönelmemde ve akademik hayatımın şekillenmesinde en büyük katkıyı veren değerli hocam Prof. Dr. İhsan Erdoğan'a teşekkürü bir borç bilirim. Tezimin projesinin yazımından tüm araştırmam boyunca bana akademik desteğini esirgemeyen Prof. Dr. Veysel Başpınar'a şükranlarımı arz ederim. Yoğun geçen tez aşamam boyunca verdiği emek ve güven için Prof. Dr. Cemal Oğuz'a teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR.....	xiii
§ 1. GİRİŞ.....	1
KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLILIKLARI	1
I. KONUNUN TAKDİMİ.....	1
II. KONUNUN ÖNEMİ.....	3
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	4

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ VE FESİH KAVRAMLARI

§ 2. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ KAVRAMI	6
I. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ TANIMI.....	6
A. Kavram.....	6
B. Kamu İhale Sözleşmelerinin Tarihî Gelişimi	11
C. Ekonomik ve Hukukî Önemi.....	14
1. Ekonomik Önemi.....	14
2. Hukukî Önemi	15
II. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	18
A. İdare.....	18
B. İstekli.....	20
III. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN KONUSU.....	23
A. Mal Alımı Sözleşmeleri.....	23
B. Hizmet Alımı Sözleşmeleri	24
C. Yapım İşi Sözleşmeleri	24
IV. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ	24
A. Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşme	25
B. Götürü Bedel Sözleşme	27
C. Birim Fiyat Sözleşme	27

D. Karma Sözleşme.....	29
E. Münferit Sözleşme	30
V. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNE HAKİM OLAN İLKELER	30
A. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Yer Alan İlkeler	30
1. Tarafların Eşitliği İlkesi	30
2. İhale Dokümanına Uygun Sözleşme Yapılması İlkesi	32
3. Sözleşme Bedelinin Değişmezliği İlkesi	34
B. Kamu İhale Sözleşmelerine Hakim Olan, Fakat Kanunda Yer Almayan Diğer İlkeler	35
1. Türk Borçlar Kanununun Tamamlayıcılığı İlkesi	35
2. Yazılılık İlkesi	36
VI. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ SAFHALARI.....	37
A. İhale İlanı ve Hukukî Niteliği	41
B. Tekliflerin Alınması ve Değerlendirilmesi	42
C. Kesinleşen İhale Kararı ve Hukukî Niteliği	50
D. Sözleşmeye Davet ve Hukukî Niteliği	52
E. Kamu İhale Sözleşmesinin Şekli	53
1. Genel Olarak	53
2. Kamu İhale Sözleşmelerinde Şekle Aykırılığın Hüküm ve Sonuçları	57
F. Kamu İhale Sözleşmesinin Kurulduğu An ve Sona Ermedeki Önemi	58
§ 3. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE FESİH KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ.....	61
I. FESİH	61
II. İPTAL	65
III. DÖNME	66
A. Sözleşmeden Dönmenin Etkileri	66
B. Kamu İhalelerinde Sözleşmeden Dönmenin Fonksiyonu	67
IV. İKALE SÖZLEŞMESİ	71
V. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNDA FESİH KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ	71

İKİNCİ BÖLÜM
KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME SEBEPLERİ

§ 4. YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	73
I. GENEL OLARAK	73
II. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA YER ALAN SEBEPLER	73
A. İfa	73
1. İfanın Şartları	74
2. Kamu İhale Sözleşmelerinde İfanın Özellikleri	74
a. Mal Alımı Sözleşmelerinde İfa	76
b. Hizmet Alımı Sözleşmelerinde İfa	80
c. Yapım İşİ Sözleşmelerinde İfa	83
(1) Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşmelerde İfa	84
(2) Birim Fiyatlı Sözleşmelerde İfa	88
B. İbra	90
1. İbra Kavramı	90
2. İbranın Kamu İhale Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkisi	92
C. Yenileme	93
1. Yenileme Kavramı	93
2. Yenilemenin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi	94
D. Takas	95
1. Takas Kavramı	95
2. Takasın Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi	95
E. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi	96
1. Kavram	96
2. Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi	96
F. Kusurlu İmkânsızlık	97
1. Kavram	97
2. Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi	97

III. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNDA YER ALAN SONA

ERME SEBEPLERİ.....	98
A. Sözleşmenin İzinsiz Devri	98
1. Genel Olarak	98
2. Kamu İhale Sözleşmesinin Devrinin Şartları	99
a. Kamu İhale Sözleşmesinin Devri İçin Zorunlu Hal Bulunmalıdır	101
b. İhale Yetkilisi İzin Vermelidir	101
c. Devralan Yüklenicide Devreden İle Aynı Şartlar Bulunmalıdır	102
d. Kamu İhale Sözleşmesinin Devrini Takibeden Üç Yıl İçinde Başka Sözleşme Devredilmemiş veya Devralınmamış Olmalıdır	102
3. İzinsiz Devrin Hüküm ve Sonuçları.....	103
B. Yüklenicinin Ölümü, İflâsı, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti Sebebiyle Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi.....	105
1. Genel Olarak	105
2. Sebepleri	105
a. Yüklenicinin Ölümü	106
b. Yüklenicinin İflâsı	106
c. Yüklenicinin Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti ..	107
3. Yüklenicinin İflâsının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi.....	107
4. Yüklenicinin Ölümünün Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi.....	109
5. Yüklenicinin Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyetinin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi	109
6. Yüklenicinin Ortak Girişim Olması Halinde Ölüm, İflâs, Ağır Hastalık, Tutukluluk veya Mahkûmiyetin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi	110
a. Pilot veya Koordinatör Ortağın Ölümü, İflâsı, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti.....	111
b. Pilot veya Koordinatör Ortak Dışındaki Ortakların Ölümü, İflâsı, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti	111

C. Yüklenicinin Malî Acz İçinde Bulunması Yüzünden Sözleşmenin Feshi	112
1. Genel Olarak	112
2. Şartları.....	113
a. Yüklenicinin Malî Acz İçinde Bulunması.....	113
b. Malî Aczin Sözleşme Yapıldıktan Sonra Meydana Gelmesi..	113
c. Malî Aczin Mücbir Sebep Halleri Dışında Gerçekleşmesi.....	114
d. Malî Acz Sebebi İle Yüklenicinin Taahhüdünü Yerine Getiremeyeceğini Yazılı Olarak Bildirmesi	115
3. Yüklenicinin Malî Acz İçinde Bulunması Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hüküm ve Sonuçları	115
D. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshi	116
1. Genel Olarak	116
2. Şartları.....	117
a. Yüklenicinin Taahhüdünü İhale Dokümanı ve Sözleşme Hükümlerine Uygun Olarak Yerine Getirmemesi	117
b. İdarenin İhtarı	117
E. Sözleşmenin Yürütülmesi Sırasında Yüklenicinin Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunduğunun Tespit Edilmesi.....	119
1. Genel Olarak	119
2. Şartları.....	119
a. Yüklenicinin Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunduğunun Tespit Edilmesi	119
b. Sözleşmenin Yürütülüyor Olması	120
c. İdarenin Fesih Beyanı	121
F. Yüklenicinin Sözleşmeden Önceki Yasak Fiil ve Davranışları Sebebiyle Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi.....	121
1. Sözleşmeden Önceki Yasak Fiil ve Davranış Kavramı.....	121
2. Şartları.....	122
a. Yasak Fiil ve Davranışların Sözleşmeden Önce Gerçekleşmesi	122

b. İdarece Durumun Sözleşmenin Yürütülmesi Sırasında Tespiti	
.....	123
(1) Taahhüdün % 80'i Tamamlanmadan Yapılan Tespit.....	123
(2) Taahhüdün % 80'i Tamamlandıktan Sonra Tespit.....	124
§ 5.YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANMAYAN SEBEPLERLE KAMU İHALE	
 SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	125
I. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA YER ALAN SEBEPLER	125
A. Kusursuz İmkânsızlık	125
1. Kavram.....	125
2. Kusursuz İmkânsızlığın Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi	125
a. Mal Alımı Sözleşmelerinde Kusursuz İfa İmkânsızlığı	126
b. Hizmet Alımı Sözleşmelerinde Kusursuz İfa İmkânsızlığı	126
c. Yapım İşleri Sözleşmelerinde Kusursuz İfa İmkânsızlığı	128
(1) Beklenmeyen bir olay sebebi ile eserin yok olması	129
(2) İş sahibinin şahsında veya tehlike alanında gerçekleşen	
umulmayan bir olaydan doğan imkânsızlık.....	131
(3) Yüklenicinin şahsında ortaya çıkan beklenmeyen bir olaydan	
doğan imkânsızlık.....	133
3. Kusursuz İmkânsızlığın Sonuçları	134
B. Zamanaşımı	134
1. Kavram.....	134
2. Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Alacaklarda Zamanaşımı	136
II. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNDA YER ALAN	
 SEBEPLER	137
A. Mücbir Sebeplerin Ortaya Çıkması Sebebiyle Kamu İhale	
Sözleşmesinin Feshi	137
1. Kavram.....	137
2. Şartları.....	138
3. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Yer Alan Mücbir Sebep	
Halleri.....	139
a. Tabii Afetler.....	140
b. Genel Grev.....	140

c. Genel Salgın Hastalık.....	141
d. Kısmî veya Genel Seferberlik.....	141
e. Kamu İhale Kurumu Tarafından Belirlenecek Haller	142
(1) Kuruma Başvuru Şartları	143
(2) Kurum tarafından Belirlenen Mücbir Sebep Halleri.....	143
f. Mücbir Sebebin Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi	144
B. İş Artışı İle İşin Tamamlanamayacağıın Anlaşılması Üzerine	
Sözleşmenin Sona Ermesi	145
1. İş Artışı Kavramı.....	145
2. İş Artışının Şartları.....	146
a. Artışın Sözleşmeden Önce Öngörülmemiş Olması	146
b. İş Artışının Zorunlu Olması	147
c. Sözleşmeye Esas Proje İçinde Kalınması	148
d. Artan İşin İdareyi Külfete Sokmaksızın Asıl İşten Ayrılmasının	
Teknik veya Ekonomik Olarak Mümkün Olmaması	149
e. Kanunî Oranlar Dahilinde İş Artışı Yapılması	149
3. İş Artışının Mümkün Olmaması Sebebiyle Sözleşmenin Feshi .	150
C. İş Eksilişi Sebebiyle Sözleşmenin Feshi	151
1. İş Eksilişi Kavramı	151
2. İş Eksilişinin Şartları	151
a. İşin Sözleşme Bedelinin % 80'inden Daha Az Bedelle	
Tamamlanacağıın Anlaşılması.....	151
b. İşin Bitirilmesi	152
c. Sözleşme Bedelinin % 80'i İle Yapılan İş Miktarı Arasındaki	
Bedelin % 5'inin Yükleniciye Ödenmesi.....	152
§ 6. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN İDAREDEN KAYNAKLANAN	
 SEBEPLERLE SONA ERMESİ	153
I. GENEL OLARAK	153
II. İDARENİN TEMERRÜDÜ.....	153
A. Alacaklının Temerrüdü	154
B. Borçlu Temerrüdü	154
III. İDARENİN KUSURLU OLDUĞU İMKÂNSIZLIK	155
IV. KÖTÜ İFA	156

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN FESİHLE SONA ERMESİNİN HÜKÜM
VE SONUÇLARI

§ 7. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN FESİHLE SONA ERME USULÜ	157
.....	
I. GENEL OLARAK.....	157
A. Bildirimli Fesih.....	158
B. Bildirimsiz Fesih.....	158
II. SÖZLEŞMENİN İDARE TARAFINDAN FESHİ.....	160
A. Genel Olarak.....	160
B. Fesih Usulü.....	161
1. Bildirimli Fesihte Usul.....	161
2. Bildirimsiz Fesihte Usul.....	165
C. Tebligat.....	166
III. SÖZLEŞMENİN YÜKLENİCİ TARAFINDAN FESHİ.....	169
A. Genel Olarak.....	169
B. Kamu İhale Sözleşmesinin İdarenin Temerrüdü Nedeniyle Sona Erdirilmesi.....	169
1. İdarenin Alacaklıнын Temerrüdüne Düşmesi Halinde Fesih Usulü	169
2. İdarenin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Halinde Fesih Usulü....	174
§ 8. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN SONE ERDİRİLMESİNİN HÜKÜM	
VE SONUÇLARI.....	179
I. GENEL OLARAK.....	179
A. Eser Sözleşmelerini Anî Edimli Borç İlişkisi Olarak Nitelendiren Görüş.....	181
B. Eser Sözleşmelerini Sürekli Borç İlişkisi Olarak Nitelendiren Görüş	182
C. Karma Görüş.....	183
D. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Şahsî Kanaatimiz.....	183

E. Dönme Teorisinin Kamu İhale Sözleşmelerine Uygulanması.....	185
II. FESHİN HÜKÜMLERİ.....	187
A. Genel Olarak.....	187
B. Bildirimli Fesih Hallerinde Feshin Hükümleri	188
1. Sözleşmenin İzinsiz Devri Sebebiyle Feshin Hükümleri	189
2. Yüklenicinin İflâsı, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti Halinde Feshin Hükümleri	190
a. Yüklenicinin İflâsı Halinde Feshin Sonuçları	190
b. Yüklenicinin Ağır Hastalığı Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hükümleri.....	191
c. Yüklenicinin Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hükümleri.....	192
3. Yüklenicinin Ortak Girişim Olması Halinde Ölüm, İflâs, Ağır Hastalık, Tutukluluk veya Mahkûmiyet Sebebiyle Feshin Hükümleri.....	192
4. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hükümleri.....	194
C. Bildirimsiz Fesih Hallerinde Feshin Hükümleri	197
1. Yüklenicinin Ölümü Halinde Feshin Hükümleri.....	197
2. Yüklenicinin Malî Acz İçinde Olması Sebebiyle Feshin Hükümleri	198
3. Sözleşmenin Yürütülmesi Sırasında Yüklenicinin Yasak Fiil veya Davranışları Sebebiyle Feshin Hükümleri	199
4. Sözleşmeden Önceki Yasak Fiil ve Davranışlar Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hükümleri.....	201
5. Mücbir Sebeplerle Sözleşmenin Feshinin Hükümleri	202
6. İş Artışının İmkânsız Olması veya İş Eksilişi Sebebiyle Feshin Hükümleri.....	202
III. SONA ERMENİN SONUÇLARI.....	203
A. Genel Olarak.....	203
1. Sözleşmenin İdare Tarafından Feshi ve Sonuçları.....	205
2. Sözleşmenin Yüklenici Tarafından Feshi ve Sonuçları.....	206

B. Tasfiye	206
1. Yapım İşlerine İlişkin Kamu İhale Sözleşmelerinde Tasfiye Usulü	207
2. Mal Alımı Sözleşmelerinde Tasfiye Usulü	208
3. Hizmet Alım Sözleşmelerinde Tasfiye Usulü	209
C. Tasfiyeye Uygulanacak Hükümlerin Dayanağı.....	210
1. Tasfiyenin Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Dayanması.....	210
2. Tasfiyenin Sözleşmeden Doğan Bir Borcun İfası Olarak Değerlendirilmesi	211
3. Tasfiyenin Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Hükümlerine Dayandırılması	211
4. Tasfiyenin Satım Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Kıyasen Uygulanmasına Dayandırılması	212
5. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Şahsî Kanaatimiz.....	212
D. İade.....	213
1. Aynen İade	213
2. Bedelin İadesi.....	214
IV. FESHİN SONUCU OLARAK ZARAR.....	214
A. Genel Olarak.....	214
B. Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshinde Zarar Kavramı	216
1. Müspet Zarar.....	216
2. Menfî Zarar.....	217
3. Tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı	218
V. KESİN TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ	219
A. Genel Olarak.....	219
B. Kesin Teminat Olarak Kabul Edilecek Değerler	220
C. Sözleşmenin Feshinde Kesin Teminatın Gelir Kaydedileceği Haller	221
VI. FESHİN SONUCU OLAN İDARÎ YAPTIRIM OLARAK İHALEYE KATILMA YASAĞI	222
A. Genel Olarak.....	222
B. Yasaklamaya Sebep Olan Fesih Halleri.....	222

C. Yasaklama Usulü	223
SONUÇ	225
KAYNAKÇA	230
ÖZET	249
ABSTRACT	250

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AB.	: Avrupa Birliği
AEİK.	: Artırma Eksiltme ve İhale Kanunu
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Yurттаşlar Kanunu)
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
CFR.	: Cost and Freight (Masraflar ve Navlun Dahil teslim)
CIF.	: Cost, Insurance and Freight (Masraflar, Sigorta ve Navlun Dahil Teslim)
CIP.	: Carriage and Insured Paid to (Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak)
CPM.	: Critical Path Method
CPT.	: Carriage Paid To (Taşıma Ödenmiş Olarak)
ÇED.	: Çevresel Etki Değerlendirmesi
DAF.	: Delivered at Frontier (Sınırdaki Teslim)
DDP.	: Delivered Duty Paid (Gümrük Vergileri Ödenmiş Olarak)
DDU.	: Delivered Duty Unpaid (Gümrük Vergileri Ödenmemiş Olarak)
DEQ.	: Delivered Ex Quay (Limanda Teslim)
DES.	: Delivered Ex Ship (Gemide Teslim)
ĐİE.	: Devlet İstatistik Enstitüsü
dn.	: Dipnot
DTÖ.	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
EC.	: European Community
EEC.	: European Economic Community
EKAP.	: Elektronik Kamu Alımları Platformu
et al.	: ve diğerleri
EXW.	: Ex Works (İşyerinde Teslim)

f.	: fıkra
FAS.	: Free Alongside Ship (Gemi Doğrultusunda Teslim)
FCA.	: Free Carrier (Taşıcıya Masrafsız)
FIDIC.	: Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu)
FOB.	: Free on Board (Gemide Masrafsız Teslim)
GATT.	: General Agreement on Tariffs and Trade
GPA.	: The Agreement on Government Procurement
HD.	: Hukuk Dairesi
HİGŞ.	: Hizmet İşleri Genel Şartnamesi
ICSID.	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
İDT.	: İktisadi Devlet Teşekkülü
İİK.	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar
KDV.	: Katma Değer Vergisi
KİGT.	: Kamu İhale Genel Tebliği
KİK.	: Kamu İhale Kanunu
KİSK.	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
KİT.	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
KOSGEB.	: Küçük ve Ortak Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı
m.	: Madde
MADMKİDY.	: Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik
MAİUY.	: Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
p.	: Page (Sayfa)
RG.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TEFE.	: Toptan Eşya Fiyatları Endeksi
TK.	: Tebligat Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu

TMSF.	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
TÜBİTAK.	: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu
TÜFE.	: Tüketici Fiyatları Endeksi
TÜİK.	: Türkiye İstatistik Kurumu
UH.Z.	: Hizmet Alımlarına Ait Uyuşmazlık Kararı
ÜFE.	: Üretici Fiyatları Endeksi
vd.	: ve devamında
vs.	: ve saire
WTO.	: World Trade Organisation (Dünya Ticaret Örgütü)
YİBGK.	: Yargıtay İctihatları Birleştirme Genel Kurulu Kararı
YİBK.	: Yargıtay İctihatları Birleştirme Kararı
YİGŞ.	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi
YİİUY.	: Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği

§ 1. GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLILIKLARI

I. KONUNUN TAKDİMİ

Kamu hizmetlerinin sağlanması devletlerin en önemli görevidir. Kamu hizmeti, eğitim, sağlık, güvenlik ve adaletin sağlanması gibi temel öğeleri içerir. Bu temel öğeler vatandaşların bir düzen içerisinde ortak gereksinimlerin karşılanması konusunda devletten beklentileri de oluşturur. Her siyasi iktidar farklı metodlarla da olsa bu beklentileri karşılar¹.

Devletin veya daha özelden kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetinin sağlanmasında kullanacağı tüm mal ve hizmetleri kendisinin üretmesi günümüz şartlarında düşünülemez. Bu sebeple kamu hizmetinin yürütülmesinde kullanılacak mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinin piyasadandan temin edilmesi gerekmektedir. Bu husus kamu ihalesi kavramının nüvesini teşkil eder².

Kamu ihalesi, devlet içindeki en büyük alıcı konumunda bulunan idari birimlerin, kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan mal ve hizmetleri temin etme şeklidir.

Kamu ihale sözleşmeleri gerek yapılaşma safhalarıyla ve gerekse sona erdirilmesi bakımından diğer sözleşmelerden farklı özellikler taşır. Herşeyden önce bu tür sözleşmelerde öneri (icap) ve kabul aşaması farklı zamanlarda, farklı usul kurallarına bağlanmıştır. Bu sebeple sözleşmenin kurulması anı, her ihale usulünde farklıdır. Bu durum, sözleşmenin sona erdirilmesinde ve tasfiyede farklılıklar yaratır.

¹ Rozen Noguellou/ Ulrich Stelkens, **Comparative Law on Public Contracts**, Bruylant Press, 2010, s. 9.

² Caroli Casavola Hilde, "Global Rules for Public Procurement", p.27-61, Edited by Noguellou, Rozen; Stelkens, Ulrich, **Comparative Law on Public Contracts**, Bruylant Press, 2010. s. 32.

Kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu şekil, ihale usullerine göre farklıdır. Tasfiyenin dayanağı olan görüşlere bağlı olarak şekil, sözleşmenin meydana geldiği anı belirler.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda³, sözleşmenin sona ermesine ilişkin olağan sona erme sebepleri ile yükleniciden kaynaklanan sebepler aynı bölümde düzenlenmiştir. Diğer taraftan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda⁴ yer alan borcu sona erdiren sebepler ile borç ilişkisini sona erdiren sebepler, kamu ihale sözleşmelerine uygulanabilmektedir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer verilen özel sebeplerle kamu ihale sözleşmeleri sona erdirilebileceği gibi, anılan Kanunda yer almayan ancak Türk Borçlar Kanununda yer alan sebeplerle de kamu ihale sözleşmeleri sona erdirilebilir. Ancak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan “fesih” kavramının taşıdığı anlamla, teknik anlamının farklı olması uygulamada ve doktrinde karışıklığa yol açmaktadır.

Bu çalışmada, “fesih” kavramının teknik anlamı yanında, düzenlemedeki yeri ve kapsamı dikkate alınarak, sözleşmeyi sona erdiren bir sebep olarak inceleme konusu yapılmıştır.

Kamu alımları konusunda uzun bir geçmişe sahip olan hukuk sistemimizde belli dönemler içerisinde farklı düzenlemeler yer almıştır. Tespit edebildiğimiz en eski yazılı düzenleme Osmanlı dönemine ait olmakla birlikte, Cumhuriyetin ilânından hemen sonra bu alanda düzenlemeye gidilmiş ve Devletin alımlarının bir esas ve usul dahilinde gerçekleştirilmesi sağlanmıştır. Uzun bir Devlet geleneği olan milletimizin bu süre içerisinde Devletin tedarik sistemini etkin ve verimli şekilde kurmuş olmasının bu başarıda önemli bir yer tuttuğu kimse tarafından inkâr edilemez. Tezde bu zincirin en son halkası olan Kamu İhale Kanununa göre yapılan alımlar sonucunda imzalanan sözleşmelerin sona ermesi inceleme konusu yapılmıştır.

³ Bkz. 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁴ Bkz. 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap verememesi, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kalmıştır. Bunun yanında, bütün kamu kurumlarını kapsamaması, AB ve uluslararası ihale uygulamalarına uyum sağlayamaması 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun çıkarılma gerekçesi olarak sayılmıştır. Gerçekten de, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, sınırlı aynî hak tesisi ve taşıma işlerini kapsamaktaydı. Ancak mal alımı, hizmet alımı, yapım, kiralama ve taşıma işleri ile ilgili kamu harcaması yapılmasına yönelik ihalelerdir. Satım, kiraya verme, trampa ve sınırlı aynî hak tesisi, kamuya gelir sağlamaya yönelik olduğundan, farklı nitelikteki bu işlerin aynı düzenleme içerisinde yer alması uygulamada pek çok problemin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Kamu harcaması gerektiren işlere özgü ihalelerin ayrı kanunlarla düzenlenmesi uygun olur. Bu sayede, ortaya çıkan yeni uygulamaların hayata geçirilebilmesi mümkün olur. Aynı şekilde böyle bir uygulama ile harcama yapılması ile gelir elde edilmesine yönelik ihalelerin, kendine özgü niteliklerine uygun olarak ihtiyaçlara cevap vermek mümkün hale gelir. Diğer taraftan Devletin bu işlere ilişkin ihale mevzuatının Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların ihale mevzuatına paralel hale getirilmesi amacıyla 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar kabul edilmiştir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu daha önce Türk Borçlar Kanununa tabi olan ihale sözleşmelerinin hukukî rejimi konusunda yeni hükümler getirmiş ve bu hükümlerin uygulanmasında uygulamada doğacak problemlerin çözülmesi konusundaki belirsizliklerin giderilmesi amaçlanmıştır.

II. KONUNUN ÖNEMİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 01.01.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir⁵. Bu

⁵ Bkz. 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

Kanunlarla daha önce mevzuatımızda olmayan hukukî kurumlar meydana getirilmiş ve mevcut uygulamamızda var olan kurumlarda değişiklikler yapılmıştır. Kanunun yeni olması, uygulamasının ve hakkındaki içtihatların çok az olması çeşitli uyuşmazlıklarla karşılaşılmasına sebep olmuştur.

Kanunun kabul edilme sebeplerinden birisi de AB müktesebatına uyumdur. Bu sebep, Kanunun kabul edilme aşamasında geniş kitleler tarafından çok fazla tartışılmadan yürürlüğe konulmasına yol açmıştır. Bunun sonucu olarak Kanunla getirilen müesseselerin ne kadar AB müktesebatına uyum içerdiği hususunun araştırılmamasına yol açmıştır. Dolayısıyla bu alanda AB müktesebatının bahsedilen konuda neler içerdiğinin bilimsel olarak incelenmesi gerekir. Böyle bir çalışma gelecekte yapılacak düzenlemeler açısından da önem taşımaktadır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda ihale sözleşmelerinin feshi ile ilgili olarak özel sebepler ve usuller öngörülmüştür. Zira ekonomik ve hukukî alanda önemi büyük olan bu sözleşmelerin feshindeki sebeplerin ve sonuçlarının ortaya koyulması son derece önemlidir. Gerek kavram ve gerekse teorik olarak kamu ihale sözleşmelerinin feshi ve sonuçlarının incelenmesi bu alanda yapılacak incelemelere ve verilecek kararlara kaynak olma konusunda önemli bir yer tutacaktır. Yukarıda bahsedilen amaçlar, bu alanda tez konusu seçilmesi ve tez incelemesi sebebini teşkil etmektedir.

Türk Kamu İhale Mevzuatının tarih içerisindeki geçirdiği değişim, kamu ihale sözleşmelerini İdare Hukuku alanından özel hukuk alanına gittikçe yaklaştırmaktadır. Özellikle 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun istisnaları kapsamında yapılan ihale sözleşmelerinin Türk Borçlar Kanununa tabi olması, diğer sözleşmeler açısından da Türk Borçlar Kanununun uygulanma alanını genişletmektedir.

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olmayan Devlet ihalelerine ilişkin olarak yapılan sözleşmelerle ilgili hususlar tez kapsamında

incelenmeyecektir. Bununla bağlı olarak doğrudan temin usulüyle yapılan alımlara ilişkin sözleşmeler, kamu ihale sözleşmeleri kapsamına girmediğinden bu sözleşmeler için ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu sözleşmeler için Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bununla birlikte, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak amacıyla, sözkonusu alanlara, ilgili yerlerde gereği kadar değinilmiştir.

Tezin birinci bölümünde, kamu ihale sözleşmesinin sona erdirilmesinde önemli kavramlar olan fesih ve ilişkili kavramların açıklamasına yer verilecektir. Kamu ihale sözleşmesinin kurulma zamanı, feshin hüküm ve sonuçları bakımından önemli olduğu için, ayrıca kamu ihale sözleşmesinin kurulduğu zamana ilişkin görüşler de burada araştırılacaktır.

Tezin ikinci bölümünde öncelikle sözleşmeyi sona erdiren sebepler araştırılacak daha sonra 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan fesih sebepleri ayrıntılı olarak incelenecektir. Her bir fesih sebebi ve bunların kamu ihale sözleşmelerine etkisi ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Üçüncü bölümde fesih usulü ve feshin sonucu olarak tasfiye, zararın hesaplanması konuları ele alınacaktır.

Tez çalışması sırasında vardığımız kanaatler, toplu olarak sonuç kısmında yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ VE FESİH KAVRAMLARI

Ş 2. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

I. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ TANIMI

A. Kavram

Kamu ihale sözleşmesinin tanımı 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4 üncü maddesinde yer almaktadır. Ancak bu tanım, sözleşme hukukundaki kavrama tam olarak uymamaktadır. Diğer taraftan, doktrinde de kamu ihale sözleşmesinin tüm unsurların belirlendiği bir tanım bulunmamaktadır⁶. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmesinin gereği gibi tanımlanabilmesi için, önce sözleşme kavramının tanımlanması gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanununun birinci maddesinde “*sözleşme tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*” ifadesi içinde sözleşmenin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması ile oluşturulan bir hukuki işlem olduğu tanımına yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanunu, her ne kadar sözleşmenin iki taraf arasında olduğunu belirtse de, doktrinde ikiden fazla tarafın yer aldığı sözleşmelerin varlığı kabul edilmektedir⁷. İkiden fazla tarafın yer aldığı sözleşmelere “çok taraflı

⁶ Doktrinde Abraham, kamu ihale sözleşmelerinin özelleştirme sözleşmesi olduğunu ileri sürmektedir. Filip Abraham, et al., **Privatisations and Public Procurement in the European Union**, Leuven University Press, 1998, s.11. Sözleşme kavramı ve sosyolojik temelleri için Bkz. Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, 2007, s.11 vd. Dilek Bilir, **Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2010, s.13.

⁷ M.Kemal Oğuzman/M.Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 9. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s.45, Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2012, s.201, Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.53, Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2006, s. 46, Janet O’Sullivan/ Jonathan Hilliard, **The Law of Contract**, Fourth Edition, London, Oxford University Press, 2010, s.11, Richard Taylor/Damian Taylor, **Contract Law**, Third Edition, London, Oxford University Press, 2011, s.20, Mindy Chen-Wishart,

sözleşmeler” denilmektedir⁸. Bu bakımdan kamu ihale sözleşmeleri iki taraflı sözleşmelerdir. Bu husus kamu ihale sözleşmesinin tanımında “*idare ile yüklenici arasında yapılan*” ibaresi ile açıklığa kavuşturulmuştur.

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla oluşur⁹. Doktrinde bu husus öneri ve kabul olarak adlandırılmıştır¹⁰. Öneri (icap), bir sözleşmeyi meydana getirme iradesinin karşı tarafa yöneltilmesidir¹¹. Öneri (icap), sözleşmenin kurulması anına göre zaman itibariyle önce yapılan irade beyanıdır¹². Genel olarak, öneride (icapta) bulunma yetkisine sözleşmeyi meydana getirecek taraflardan her biri sahipken, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu öneri ve kabulün hangi tarafça beyan edileceğine dair kesin ve zorunlu kurallar öngörmektedir¹³. Kamu ihale sözleşmelerinde öneri, teklif adını almaktadır.

Öneri (icap) ya da teklif karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade beyanıdır¹⁴. Bununla birlikte bazı hallerde karşı taraf belli olmamasına rağmen, bir fiilde bulunulmasının öneri (icap) olarak kabul edildiği haller de bulunmaktadır. Bunun en güzel örneğini Türk Borçlar Kanununun 8 inci maddesinde (BK m.7) yer alan “*Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.*” hükmüdür. Gerçekten de üzerine fiyat konulmak suretiyle halka vitrinde teşhir edilen mal, sahibi tarafından muhtemel alıcılara yöneltilmiş bir öneridir. Böyle bir halde, alıcının fiyatı ve malı görerek kabul etmesiyle sözleşme kurulur. Kamu ihale sözleşmelerinin

Contract Law, Third Edition, Londra, Oxford University Press, 2010, s.62, Neil Andrews, **Contract Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, s. 42.

⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 212.

⁹ Bilir, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁰ Eren, **a.g.e.**, s.243 vd., Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.53 vd., Reisoğlu, s.58 vd., Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s.31 vd.

¹¹ Hatemi/Gökyayla, s. 31.

¹² Eren, **a.g.e.**, s.243, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 53.

¹³ İhale süreci genel olarak, KİK m.13, 24, 25, 27, 30, 36, 37, 38, 40, 41, 42 nci maddelerinde düzenlenmiştir.

¹⁴ Eren, **a.g.e.**, s.244, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.54, Andrews, **a.g.e.**, s.42, Taylor/Taylor, **a.g.e.**, s.26.

kurulmasında umuma yöneltilmiş bir ilân bulunmakla birlikte, bu ilânı öneri (icap) olarak değerlendirmek mümkün olmaz.

Kamu ihale sözleşmelerinde ihale ilânını, umuma yöneltilmekle birlikte icaba davet olarak nitelendirmek yerinde olur. Öneriye davet (icaba davet) veya teklif vermeye davet, hukukî niteliği bakımından öneriden farklıdır. Gerçekten de bir irade beyanı, kabul edildiği takdirde sözleşmenin kurulmasını sağlamıyor, sadece sözleşme yapılmasına ilişkin müzakere yapılması iradesini taşıyorsa bu irade beyanı öneriye davettir¹⁵. Öneriye davetin en önemli özelliği, irade beyanı sahibinin, iradesinin güven teorisi çerçevesinde sözleşme kurma iradesinin bulunmamasıdır. Sözleşme bu iradeye uygun verilen kabul beyanıyla kurulmaz. Karşı taraftan yöneltilen irade beyanı ancak öneri olarak kabul edilebilir.

Kamu ihale sözleşmelerinin kurulması için, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda öngörülen müzakere aşamasını oluşturan ihale aşaması, idare açısından ihale onayıyla başlar. Buna karşılık, istekliler ancak ihale ilânı veya davetli yapılan ihalelerde (pazarlık usulü) kendisine davetin gelmesiyle, yöneltilen irade beyanını öğrenir. Bu bakımdan idarenin bu irade beyanının içeriği, hukukî niteliğinin tespiti açısından önem taşımaktadır.

İhale ilânının içeriği Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan, Mal Alımı, Hizmet Alımı ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliklerinde tip olarak belirlenmiştir¹⁶. Uygulama Yönetmeliklerinin ekinde yer alan standart formlar arasında yer alan tip ihale ilânında, irade beyanının içeriğine yer verilmiştir. Aslında tip ihale ilânı 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 24 üncü maddesinde içeriği belirlenen bir metinden başka bir şey değildir.

Tip ihale ilânının 4 üncü maddesinde ihaleye teklif veren isteklilerin tekliflerinin değerlendirilmesinde istenilen belgeler sıralanmıştır. Yine tip ilânın 5 inci maddesinde ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin nasıl belirleneceğine ilişkin idarenin irade beyanına yer verilmiştir. Tip ilân

¹⁵ Eren, **a.g.e.**, s.247, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 65-66.

¹⁶ Bkz. 04.03.2009 tarihli ve 27159/Mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

metninden idarenin kamu ihale sözleşmesi yapılmasını müzakere etmeyi, verilen tekliflerin değerlendirilmesinden sonra sözleşmenin kurulup kurulamayacağına karar vereceğini çıkarmak mümkündür¹⁷. Diğer taraftan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 16 ncı maddesinde, “*İdarenin gerekli gördüğü veya ihale dokümanında yer alan belgelerde ihalenin yapılmasına engel olan ve düzeltilmesi mümkün bulunmayan hususların bulunduğu tespit edildiği hallerde*” ihale saatinden önce ihalenin idare tarafından iptal edilebileceği belirtilmiştir.

İhalenin iptal edilmesi sebebiyle isteklilerin idareden herhangi bir hak talebinde bulunmaları da mümkün değildir. İdare tarafından ihalenin iptal edilmesine ilişkin gerekçeler son derece geniş tutulmuştur. “*İdarenin gerekli gördüğü hallerde*” ibaresinin sınırını belirlemek son derece zordur. Bu husus idare hukukunda yer alan “kamu yararı ve hizmetin gerekleri”yle sınırlıdır¹⁸. Ancak idare tarafından ihale saatinden önce ihalenin iptal edilmesinde “kamu yararı” bulunmadığı veya “hizmetin gereklerine” uygun olmadığı gerekçesiyle idarî işlem denetlense bile, zamanında yapılamayan ihalenin tekrar canlandırılmasına imkân bulunmamaktadır¹⁹.

İdare tarafından ihale ilân edildikten sonra ihalenin iptal edilebilmesinin mümkün olması, ilân ve tekliflerin alınmasına kadar olan sürecin kamu ihale sözleşmesinin müzakere edilmesini amaçladığını açıkça ortaya koymaktadır. İhalenin iptal edilmesi yüzünden idarenin herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceğine ilişkin hüküm de bu kanıyı güçlendirmektedir. Ancak burada yer alan sorumsuzluk kaydını “hukukî sorumluluk” olarak anlamak yerinde olur. Zira idarenin “cezai sorumluluğu” söz konusu olmayacağından, geriye hukukî sorumluluk kalmaktadır. Bunun bir sonucu ihalenin ilân edilmesinden sonra iyi niyetle teklif hazırlayan kişilerin ihalenin iptal edilmesi sebebiyle uğramış olduğu zararlar idareden talep edilemez.

¹⁷ Quigley, **a.g.e.**, s. 350.

¹⁸ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 617.

¹⁹ Afşar Kemal Keyik, **4734 sayılı Kamu İhale Kanununda İhalenin İptali**, Kamu İhale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2008, s. 71.

Kamu ihale sözleşmeleriyle ilgili bir başka husus ta, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesine göre pazarlık usulüyle yapılan ihalelerde sözkonusudur.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin son fıkrasında malın sözleşme yapma süresi içerisinde teslim edilmesi ve idarece kabul edilmesi durumunda sözleşme yapılmasının ve kesin teminat alınmasının zorunlu olmadığı hükme bağlanmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yer alan özensiz ifade kullanımının önemli örneklerinden birini bu hüküm teşkil etmektedir. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 26 ncı maddesine göre idarenin, *“usulüne uygun düzenlenmiş sözleşme esaslarına veya kanun hükmüne dayanılarak iş yaptırılması, mal veya hizmet alınması karşılığında...”* yüklenme, yani taahhüt altına girebileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre idare, mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinde ödeme yapabilmesi için, usulüne uygun (-ki bu usul 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda belirlenmiştir.) yapılmış bir sözleşmenin bulunması zorunludur. Dolayısıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin son fıkrasında yer alan *“sözleşme yapılmaksızın”* mal alınabileceğine ilişkin hükmü, *“yazılı sözleşme yapılmaksızın”* şeklinde anlamak yerinde olur. Ancak burada da ispat kurallarındaki zorunluluk, ortaya çıkacak sorunların çözülmesinde önemli bir problem teşkil edebilir.

Kamu ihale sözleşmelerinde önerinin ne zaman yapıldığının tespiti kabul beyanının tespiti ve tarafının belirlenmesi açısından son derece önem arz etmektedir.

Kamu ihale sözleşmesi, idare ile yüklenici arasında yapılan mal alımına, hizmet alımına veya yapım işlerinin yaptırılmasına ilişkin bir sözleşmedir. Bu tanım 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4 üncü maddesinde yer alan sözleşme tanımıyla da uyumludur. Gerçekten de anılan Kanunda yer verilen kamu ihale sözleşmesi, *“mal veya hizmet alımları ile yapım*

işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşma” olarak tanımlanmıştır²⁰. Bu tanım kendi içerisinde yetersiz ve eksiktir. Aşağıda bunun gerekçelerine yer verilmiştir.

Herşeyden önce “anlaşma” kavramı, sözleşmenin her bir parçasını ifade etmektedir²¹. Diğer taraftan “yazılı anlaşma” olmaksızın yapılan ihalelerde kamu ihale sözleşmesi yok mudur? Devletin bütçesini düzenleyen ve ödemelerin dayanağı olan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa göre bu imkânsızdır. Dolayısıyla bu tanımın 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Kanunun kendi içerisinde çelişmesini önleyecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

B. Kamu İhale Sözleşmelerinin Tarihî Gelişimi

Kamu ihalelerinin bir düzen içerisinde gerçekleştirilmesi bütün devletler için önemli hususlardan sayılır. Kamunun ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerin alımının bir düzene bağlanması çalışması Osmanlı Devletinden bu yana devam etmiştir.

Osmanlı Devletinde 1857 yılında çıkarılan Nizamname ve buna ilişkin çıkarılan Kararnamelerle²² kamu ihaleleri gerçekleştirilmiştir. Cumhuriyetin ilânından sonra, 1925 yılında kabul edilen 661 sayılı “Müzayede, Münakasa ve İhalât Kanunu”na göre ihaleler yapılmaya devam edilmiştir²³.

²⁰ 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda “anlaşma” ve “sözleşme” kavramları genellikle birbiri yerine kullanılmıştır. Kamu İhale sözleşmesinin tanımlanmasında kullanılan “anlaşma” terimi “hukukî işlem” olarak anlaşılmalıdır.

²¹ Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998, s. 62.

²² 1857 tarihli Nizamname içeriğinin yeterli olmaması ve dolayısıyla etkisi ve uygulaması çok olmayan bu Nizamnameye 1914 (10 Muharrem 1330) tarihli ve 4 Haziran 1919 tarihinde çıkartılan ve 1921 yılında yürürlüğe giren bir nizamname ile ek yapılmıştır. Murat Volkan Dülger, “**Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi**”, Erişim, www.dulger.av.tr, E.T.21.02.2012. Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 38.

²³ 28.04.1925 tarihli ve 97 sayılı RG’de yayınlanmıştır.

661 sayılı Müzayede, Münakasa ve İhalât Kanunu 26 maddeden meydana gelmektedir. Kanunun kapsamında, kamu idareleri adına yapılacak her çeşit satın almalar, satış, kira, inşaat ve teminat ile keşifler ve imalat, işletme ve nakliyat işleri sayılmıştır. Bununla birlikte, Cumhuriyetin ilk yıllarında yapım işleri emanet usulü ile gördürülmesi benimsenmiştir. Kapalı zarf usulü artırma ve eksiltme, pazarlık usulü, açık artırma ve eksiltme usulü öngörülen ihale usulüdür²⁴.

661 sayılı Müzayede, Münakasa ve İhalât Kanununun günün ihtiyaçlarını karşılamadığı gerekçesiyle 2 Haziran 1934 tarihli ve 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu (AEİK) yürürlüğe konulmuştur²⁵. Bu Kanunla getirilen en önemli değişiklik, Devlet artırma ve satış işlerinin de bu Kanun kapsamında ihale edilmesidir. Kanun çıkarılma gerekçelerinin en önemli tarafını *“Devlet alış ve satışlarıyla taahhütlerini memleket çocuklarına yaptırmak ve binnetice paramızı memleket içinde alıkoymak”* oluşturmaktadır²⁶. Bunu 1930’lu yılların devletçi anlayışı ve sanayileşme politikasının sonucu olduğunu söylemek mümkündür²⁷.

²⁴ Bu Kanunun uygulanmaya başlamasından sonra çeşitli değişiklikler yapılmıştır. 10 Nisan 1926 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanan 799 sayılı Kanunla geçici teminat miktarları orman ürünleri ihalelerinde yeniden düzenlenmiştir. İkinci değişiklik 31 Mayıs 1926 tarihli ve 878 sayılı Kanunla yapılmıştır. Bu değişiklikte hükümet adına yapılacak ihalelerde Millî Savunma Bakanlığı’na yetki verilmiştir. 24 Mayıs 1928 tarihli ve 1300 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte posta taşıma ihalelerinde ihale sözleşmesi süresinin uzatılması konusunda posta, telgraf ve telefon idaresine yetki verilmiştir. 17 Aralık 1929 tarihli ve 1540 sayılı Kanunla 22 Nisan 1926 tarihli ve 661 sayılı Müzayede, Münakasa ve İhalât Kanununun 6 ncı maddesinin son fıkrası değiştirilmiştir. Buna göre yüklenicinin istihkakının geçici teminat olarak kabul edilmesine imkân tanınmıştır. 29 Kasım 1933 tarihli ve 2338 sayılı Kanunla posta hizmetlerinin görülmesinde alınacak teminat bedelinin keşif bedeli üzerinde alınması öngörülmüştür.

²⁵ 10.06.1934 tarihli ve 2723 sayılı RG’de yayınlanmıştır.

²⁶ Rıdvan Kısacık, **“2490 Sayılı Artırma Eksiltme ve İhale Kanununun Gerekçesi”**, Erişim, ihalemektebi.wordpress.com/, E.T.18.04.2012.

²⁷ 2490 sayılı Kanun 73 maddeden oluşmaktadır. Bu Kanunda kapalı zarf usulü, açık artırma ve eksiltme, mahdut eksiltme, pazarlık ve emanet usulü ihale usulleri olarak benimsenmiştir. 2490 sayılı Kanun, selefî olan 661 sayılı Kanundan daha kapsamlı ve rekabetin sağlanması için daha geniş önlemler getiren ve kurallar ihdas eden bir Kanundur. Bu konuda getirilen yeniliklere ilân ve yabancı ülkelerde yapılacak zorunlu ilânlar konusundaki düzenlemeleri örnek gösterilebilir. Burada vurgulanacak önemli hususlardan biri de 2490 sayılı Kanunda yabancı memleket şirketlerinin ihalelere girebilmesi için alım konusunun yabancı memlekette yapılmasının zorunlu olması aranmasıdır (AEİK m. 8). Gerçekten de, Kanunun yukarıda belirtilen çıkarılma amacına uygun bir anlayışın burada da yer aldığını görmek mümkündür. 2490 sayılı Kanun Cumhuriyet tarihimizde en uzun süre uygulanan ihale kanunu olma niteliğine de sahiptir.

Cumhuriyet döneminde ihale sistemini düzenleyen kanunlardan üçüncüsü 08 Eylül 1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunudur. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun çıkarılma gerekçelerini üç grupta toplamak mümkündür²⁸:

1. İkinci Dünya Savaşı sonrasında, milletlerarası ilişkilerde ve memleketin ekonomik ve idarî bünyesinde meydana gelen değişiklikler bu Kanunun çıkarılmasında önemli bir husustur.
2. 2490 sayılı Kanunda ortaya konulan “formalitelere” uzunluğu ve karmaşıklığı da bir başka değişiklik nedenini oluşturmaktadır.
3. Planlı ekonomiye geçilmiş olması nedeniyle, Devletin alım ve satımlarının kalkınma planlarında öngörülen süratle gerçekleştirilmek istenilmesi de 2886 sayılı Kanununun çıkarılma gerekçeleri arasındadır²⁹.

Cumhuriyet dönemi ihale mevzuatımızı düzenleyen kanunlardan dördüncüsü ve sonuncusu 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’dur. Bu Kanun

²⁸ 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun Gerekçesi, Erişim, www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/ E.T.12.10.2011

²⁹ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 2490 sayılı Kanundan farklı bir anlayışla hazırlanmış, söz konusu Kanunun çıkarılma arasında önemli bir yer teşkil eden “devletçilik” anlayışının önemli ölçüde terkedildiğini görmek mümkündür. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda idarelerin yetki ve sorumlulukları artırılarak idarelere yetki devri yapılmıştır. Bu husus ilerde 4734 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun çıkarılma gerekçelerinden birini oluşturacaktır. 2490 sayılı Kanunda yer verilen yüksek geçici teminat ve kesin teminat miktarları azaltılmıştır. Kamu idarelerinin en düşük fiyata değil de kaliteli hizmet ve mal almasını temin etmek için idarelerin ita amirlerine (ihale yetkilisi) ve ihale komisyonlarına ihaleyi yapıp yapmama yetkisi ve en düşük bedelin değil de uygun bedelin kabul edilmesi hususunda yetki verilmiştir. Bu yetkinin kullanılması hususunda daha sonra Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından çıkarılan uygun bedel tebliğleri ile düzenleme yapılmıştır. İhale edilen işlerin hızlı bitirilmesini teşvik etmek amacıyla erken bitirme primine ilişkin düzenleme getirilmiştir. Ancak ödenek meseleleri yüzünden yeteri kadar uygulanma imkânı bulamamış öngörülen amacını gerçekleştirme olanağı bulamamıştır. Özellikle yıllara sari işlerde bütçenin yıllık olması nedeniyle işler zamanında tamamlanamamış, ülkemiz bir başlanmış ama bitirilememiş bir yatırım çöplüğü haline gelmiştir. Bu husus 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun çıkarılma gerekçeleri arasında gösterilmiştir. Bu arada Kanun sistematigi açısından 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun daha önceki ihale kanunlarından farklı olduğu görülmektedir. Gerçekten de Kanun bölümlere ve kısımlara ayrılarak aynı konular aynı kısımlarda düzenlenmiştir. Bu husus hem uygulamada hem de maddeler arasında ilişki kurarak yorumlama açısından önemli bir kolaylık teşkil etmektedir. Nitekim bu husus 2886 sayılı Kanunun çıkarılma gerekçeleri arasında sayılmıştır. Bu Kanunda ihale usulü olarak, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulü benimsenmiştir. Ayrıca kamu ihale sözleşmelerine ilişkin düzenlemelere de burada yer verilmiştir.

2001 ekonomik krizinin arkasından “15 günde 15 Kanun”³⁰ anlayışıyla kabul edilmesi sebebiyle ciddi eleştiriler almıştır.

Bu Kanunun kabul gerekçesinin önemli bir kısmını Avrupa Birliği mevzuatı ile uluslararası ihale uygulamalarına uyum sağlama amacı oluşturmaktadır.³¹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Bu iki Kanunda kavram birliği sağlanamamıştır. Meselâ, müteahhit ve istekli kavramları ihale sürecinin farklı aşamalarını ifade etmesine rağmen kavramlar karışık olarak kullanılmıştır. Öte yandan özellikle şikayet inceleme sürecindeki süreler konusundaki mantık hataları daha sonra yapılan 4761, 4964, 5812 sayılı Kanun değişiklikleriyle çözülmeye çalışılmıştır.

C. Ekonomik ve Hukukî Önemi

Kamu ihale sözleşmelerinin hukuk alanında diğer sözleşmelerden farklı özelliklere tabi tutulmasının altında, bu sözleşmelerin taşıdığı ekonomik ve hukukî önemi yatmaktadır. Avrupa Birliği ülkelerinde kamu ihale sözleşmelerinin farklı hukukî rejimlere tabi olması, ülkemizde de kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukukî rejimi etkilemiş, karma bir sistemin benimsenmesine sebep olmuştur.

1. Ekonomik Önemi

Kamu alımları, devlet gelirlerinin yeniden dağıtılmasını ve harcamaların artırılması suretiyle toplam talebin artırılmasını sağlar.³² Bu sebeple kamu alımları Devletin ekonomiye müdahale etmesinin en önemli

³⁰ Koray Düzgören, “15 Günde 15 Yasa Çıkarma Şartı”, *Yenişafak Gazetesi*, 29.03.2001, Erişim, www.yenisafak.com.tr, E.T. 05.03.2009.

³¹ Genel Gerekçe, Erişim, www.tbmm.gov.tr, E.T. 04.11.2010, s.1-2.

³² Sue Arrowsmith/Peter Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge University Press, 2009, s.20.

araçlarındandır. Global ekonomide, özellikle 2008 yılında Amerika Birleşik Devletlerinde ortaya çıkıp, tüm dünyayı etkileyen ekonomik kriz, devletlerin ekonomideki para arzının artırılmasıyla atlatılmaya çalışılmıştır.³³ Bu yönüyle kamu alımları devletlerin elindeki önemli araçlardan biridir. 1929 Dünya Ekonomik Krizinde Amerika Birleşik Devletleri tarafından krizin atlatılmasına yönelik olarak otoyol yapımına ağırlık verildiği hatta büyük çukurlar açtırılıp kapatıldığı da tarihin kaydettiği önemli kamu alımlarına örnektir.³⁴ Bu anlamda ülkemizde de kamu alımları devletin ekonomiye müdahale araçlarının en önemlisini teşkil etmektedir³⁵.

2. Hukukî Önemi

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılan her alım bir sözleşmeye bağlanır. Yani kamu idaresince yapılan ihaleler veya doğrudan temin bir sözleşmeye bağlanır ve bu sözleşmedeki hükümler çerçevesinde, idare ihtiyacını temin eder. Kamu ihale sözleşmelerinin yukarıda bahsedilen ekonomik ve siyasî öneminin yanında hukukî önemi de önemli bir yer tutmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale edilen işlerin sözleşmeleri, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa tabidir (KİSK m. 2). Kanunda hüküm bulunmayan hallerde ise Türk Borçlar Kanunu

³³ Larry Elliot, “**Global Financial Crisis: Five Key Stages 2007-2011**”, The Guardian, 07.08.2011, Erişim, www.guardian.co.uk, E.T. 10.11.2011.

³⁴ Amerika Birleşik Devletlerinin o dönem başkanı olan Franklin D. Roosevelt’in başlattığı bu plan “New Deal” plan olarak ta bilinir. Plan ilk yüz günde yapılacak reformların görüşüldüğü Kongre toplantısıyla başlar. Burada kamu yatırımlarının artırılmasına ilişkin yasalar çıkarılır. İkinci yüz günde ise kamu yatırımları artırılarak işsizliğin önlenmesine böylece ekonominin canlandırılmasına çalışılmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. www.u-s-history.com, E.T. 12.07.2010.

³⁵ 2011 yılında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında 136.926 ihale yapılmış ve 192.500 sözleşme imzalanmıştır. Bu sözleşmelerin toplam bedeli 74.858.448.000 TL’dir. Ayrıca doğrudan temin yöntemiyle aynı yıl içinde 16.912.958.000 TL harcanmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre 2011 yılında yapılan harcamaların toplamının 91.771.406.000 TL olduğu görülmektedir. 2011 yılı merkezi bütçenin 335.149.875.800 TL olduğu göz önüne alındığında bütçenin % 27.4 ‘lük kısmının kamu alımlarına harcandığı görülebilir. Kamu alımlarına harcanan para devletin vatandaşlarına sunduğu hizmetlerin çoğalması ve sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilebildiği ölçüde her sene artmaktadır. (www.kik.gov.tr, E.T. 05.07.2012).

hükümleri uygulanır (KİSK m. 36). Burada uygulanacak hukukî rejim açısından ihale aşaması ile sözleşmenin uygulanması süreci açısından farklılık bulunmaktadır³⁶. İhale aşaması birden fazla idarî işlemde oluşan bir süreç olmasına karşılık, sözleşmenin yürütülmesi aşaması farklı özellikler göstermektedir.

İhale onayının alınmasından sözleşmenin imzalanmasına kadar süren ihale süreci, idare hukuku anlamında bir zincir işlemdir³⁷. Bu alanda ortaya çıkan hukuka aykırılık iddialarının idarî yargı yerlerinde çözülmesi gerektiği hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak kamu ihale sözleşmelerinin uygulanması aşamasında idare ile yüklenici arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların hangi yargı yerlerince çözümleneceği hususunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Sözleşmenin taraflarından birinin idare olması yüzünden bu sözleşmenin idarî sözleşme olduğu ileri sürülmektedir. Ancak, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4 üncü maddesinde yer alan, kamu ihale sözleşmesinin taraflarının sözleşmenin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu yönündeki hüküm buna engeldir³⁸.

Kamu ihale sözleşmesinin eki niteliğinde olan ihale dokümanı ile kamu ihale sözleşmesinde, tarafların eşit hak ve yükümlülük sahibi olduğu yönündeki hükme aykırı düzenlemelere yer verilemez (KİSK m. 4).

Kamu ihale sözleşmelerinin uygulanmasında ortaya çıkan, sözleşmeye aykırı hareket edildiği, işin süresinde bitirilmediği gerekçesiyle fesih ve kesin teminatın gelir kaydedilmesi durumunda, uyuşmazlığın çözüm yeri konusu Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararına konu olmuştur. Gerçekten de, Uyuşmazlık Mahkemesinin 16.05.2005 tarihli ve E:2005/16,

³⁶ İhale aşaması ve sözleşme aşamasının tabi olduğu hukukî rejimler her ülkeye göre değişmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, **a.g.e.**, s.74 vd.

³⁷ Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt 1**, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s.515.

³⁸ Doktrinde Duran bu sözleşmelerin idarî sözleşmeler olduğunu ileri sürmektedir. Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s.514.

K:2005/36 sayılı Kararına göre, sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerinde çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir³⁹.

Yüksek Mahkeme Kararında, kamu ihale sözleşmelerinden doğan bir uyuşmazlığın adli yargı yerlerinde görülmesi gerektiği yönündeki sonuca üç ölçüt kullanarak varmıştır. Bunlar;

1. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4 üncü maddesinde yer alan tarafların eşit hak ve yükümlülüklerine sahip olduğu ölçütü,
2. İhale dokümanı ve sözleşmelere “eşit hak ve yükümlülük” prensibine aykırı hüküm konulamayacağı ölçütü,
3. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 36 ncı maddesinde yer verilen ve bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanununun uygulanacağı yönündeki ölçütü,

şeklinde sıralanabilir.

Kamu ihale sözleşmelerinin uygulanmasında veya feshinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların tamamı adli yargı yerlerinde görülmemektedir. Meselâ, sözleşmenin idare tarafından feshi sonucunda söz konusu olan, geçici olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama işlemi idarî yargı yerlerinde dava konusu edilmektedir⁴⁰. Burada şu hususa dikkat edilmesi gerekir; kamu ihale sözleşmelerinin uygulanması ve feshedilmesinden ayrılabilir ve sırf kamu

³⁹ Bu kararda, “5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 2. maddesinde, bu Kanunun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsadığına işaret edilmiş; 4. maddesinin üçüncü fıkrasında, bu Kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerine sahip oldukları, ihale dokümanı, ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği ve Kanunun yorum ve uygulanmasında da bu prensibin göz önünde bulundurulacağı hükme bağlanmış, aynı Kanunun 36. maddesinde de, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı ...” ifadelerine yer verilmiştir. www.kazanci.com, E.T. 20.05.2012.

⁴⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 06.07.2009 tarihli ve E:2008/238 ve K:2009/176 sayılı Kararında, “...ihale sürecinde Kamu İhale Kanunu’na göre yasak fiil veya davranışlarda bulunulduğunun sözleşme yapıldıktan sonraki aşamada tespit edilmesi üzerine tesis edilen işlemin, sözleşmeden doğan bir ihtilafa yönelik olmayıp, kamu gücüne dayanılarak ve tek yanlı olarak tesis edilen işlem olduğu...” gerekçesiyle davanın idarî yargı yerinde görülmesi gerektiğine karar verilmiştir. Erişim www.kazanci.com, 17.05.2012.

gücü kullanılarak tesis edilen her işlem, idarî işlem olarak değerlendirilir ve bu husus idarî yargı yerlerinde dava konusu edilebilir.

II. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Kamu ihale sözleşmesinin tanımından hareketle, sözleşmenin tarafları idare ve isteklidir⁴¹. Ancak sözleşmenin imzalanmasıyla ihale üzerinde bırakılan “isteklinin” sıfatı değişmekte “yüklenici (müteahhit)” sıfatını almaktadır⁴². Kamu ihale sözleşmesinin feshinde sözleşmenin kurulmasıyla ilgili belirlemeler yanında, sözleşmenin taraflarının tespit edilmesi de fesih yetkisinin kullanılmasındaki usul kuralları ile feshin sonuçları bakımından önem arz etmektedir. Aşağıda sözleşmenin tarafları ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

A. İdare

İdareyi, “belli bir amacın gerçekleştirilmesi için kurulan ve bu amaca yönelen örgüt veya bu amaca ulaşmak için yürütülen plânlı insan faaliyeti” olarak en geniş anlamda tanımlamak mümkündür⁴³. Bu tanımlamaya göre, idare hem örgütü hem de bu örgütün faaliyetlerini ifade eder⁴⁴. İdare ve idarî yapılanma insanla ilgili tüm alanlarda görülür ve ortak bir ihtiyacın giderilmesine hizmet eder⁴⁵. Bu örgütün ve amaçlarının kurgulanmasında devlet en önemli önceliğe sahiptir⁴⁶.

İdarenin amacı, kamu hizmetlerini sağlamak suretiyle kamu yararını gerçekleştirmek olup, bu amaçla kamu gücünü kullanır⁴⁷. İdare tarafından

⁴¹ Bilir, **a.g.e.**, s. 28.

⁴² Tanımlar KİK m. 4’te yer almaktadır.

⁴³ A. Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 14. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2000, s.1.

⁴⁴ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 4.

⁴⁵ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 4.

⁴⁶ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 5.

⁴⁷ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 8.

kamu yararının gerçekleştirilmesi maksadıyla, kamu gücünün kullanıldığı durumlarda özel hukuk kişilerine göre daha üstün konumdadır⁴⁸. İdarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemler yanında tıpkı özel hukuk tüzel kişisi gibi yaptığı işlemlerde bulunmaktadır⁴⁹. Ancak burada da yapılan işlemin amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. İdare kâr gayesi güdemez ve yaptığı işlemler nihai anlamda kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacını taşır⁵⁰.

Kamu ihaleleri ve buna bağlı olarak düzenlenen kamu ihale sözleşmeleri de idarenin tıpkı bir özel hukuk kişisi gibi piyasadan ve piyasa fiyatlarından kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan mal, hizmet ve yapım işlerinin temin edilmesi sürecidir⁵¹. İdare bu süreçte kamu gücünü kullanamaz⁵². Ancak, bu husus, idarenin hem ihale aşamasında hem de kamu ihale sözleşmesinin yürütülmesi aşamasında tek taraflı olarak yetki kullanmasına engel değildir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda idare “*İhaleyi yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar*” şeklinde tanımlanmıştır (KİK m. 4). 4734 sayılı Kamu İhale Kanundaki idare tanımı, amaca yönelik idare tanımı dışında örgüt yapısını içeren bir anlayış içermektedir⁵³. Geniş anlamıyla devleti ifade eden idare tanımından ziyade, ihale yapma yetkisine sahip bir kurum veya kuruluş bu anlamda idare sayılmaktadır. Burada idarenin tüzel kişiliğe sahip olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.

Aynı tüzel kişiliğin içerisinde harcama yapma yetkisine sahip her birim idare tanımının kapsamında yer alır. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 5436 sayılı Kanunla değişik 31 inci maddesine göre

⁴⁸ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 9.

⁴⁹ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 512.

⁵⁰ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 9.

⁵¹ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 566.

⁵² Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 556.

⁵³ Bilir, **a.g.e.**, s. 29.

bütçe ile ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisi harcama yetkilisi olarak belirlenmiştir⁵⁴.

B. İstekli

İstekli kavramı yabancı dilden tercüme bir kavram olup, İngilizcede “Tenderer”, Almandada “Der Bieter” kavramının karşılığıdır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda istekli, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini ifade ettiği belirtilmiştir⁵⁵. İhale ilânı veya ön yeterlik davetinden sonra idareye teklifini veren kişinin aldığı sıfat olarak tanımlamak da mümkündür.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale dokümanı satın almış veya elektronik imza kullanmak suretiyle EKAP üzerinden indirmiş, ancak teklif vermemiş kişiler istekli olabilecek sıfatını kazanır. Teklifini idareye veren kişi istekli, ihale üzerinde bırakılıp sözleşme imzalanan kişiye de yüklenici denilmektedir (KİK m. 4). Ancak anılan Kanunda bu kavramların tanımlandığı şekliyle kullanılmadığını görmek mümkündür. Meselâ, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 29 uncu maddesinde, tekliflerin verilmesinden önceki aşamaya ilişkin olmasına rağmen, istekli olabilecek kavramı yerine istekli kavramı kullanılmıştır.

İstekli sıfatı teklifin idareye verilmesinden itibaren başlayıp, kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasına kadar veya ihalenin iptal edilerek sona ermesine kadar varlığını sürdürür. İstekli sıfatı, iki aşamalı ihalelerde (pazarlık usulü ihale ve belli istekliler arasında ihale usulü) malî tekliflerin verildiği ikinci aşamadan itibaren başlamaktadır.

⁵⁴ Dolayısı ile bu belirleme 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre idare tanımının içeriğini doldurmaktadır. Harcama birimleri ile harcama yetkililerinin kim olduğu Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan 31.12.2005 tarihli ve 26040/4. Mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliğ (Seri No:1)’de yer almaktadır. Bu sınıflandırmaya göre 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun tanımladığı anlamda ki idare sayısı 25.000’in üzerindedir.

⁵⁵ Tanımlama KİK m. 4’ te yer almaktadır.

İstekli olabilecek, istekli ve yüklenici kavramları ihale sürecinin farklı aşamalarını ifade eden kavramlar olup, her bir sıfatın getirdiği hak ve sorumluluklar farklıdır. Bu farklılık en başta, şikayet ve itirazın şikayet hakkının kullanılmasında kendini gösterir. İstekli olabilecek kişiler, sadece ihale dokümanında mevzuata aykırı düzenlemeler ile bu düzenlemelerin ihale aşamasında yanlış uygulanmasına karşı şikayet ve itirazın şikayet hakkını kullanabilir. Buna karşılık, istekli ihale dokümanına karşı herhangi bir başvuruda bulunamaz⁵⁶.

Kamu ihalelerine karşı başvuru yolları her ülkenin idarî ve/veya yargı erkine bağlı olarak değişik yapılarda ortaya çıkmaktadır⁵⁷.

⁵⁶ Avrupa Birliği'nin şikayete ilişkin Direktiflerinde başvuru yolunun hızlı, etkin ve kolay ulaşılabilir olması şartı aranmaktadır. Steen Treumer, François Lichère, **Enforcement of the EU Public Procurement Rules**, DJOF Publishing, 2011, s. 28 vd.

⁵⁷ AB müktesebatında kamu ihalelerine ilişkin şikayet prosedürü ve düzeltme mekanizması 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı Direktiflerde yer almaktaydı. Ancak 2007/66/EC sayılı Direktifle bu Direktifler birleştirilmiş ve daha etkin ve hızlı şikayet ve düzeltme mekanizması öngörülmüştür. Alan Tyrrell, Becker Bedford, **Public Procurement in Europe: Enforcement and Remedies**, Butterworths, 1997, s.17., Sue Arrowsmith, **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Earlsgate Press, 1993, s.51. Avrupa Birliği üyesi ülkelerinden Belçikada, şikayet mekanizması yargı yerleri eliyle görülmektedir. Burada ikili yargı sisteminin etkisi görülür. Eğer bir istekli ihaleden haksız yere değerlendirme dışı bırakılmışsa ve zarar görmüşse bu zararını genel hukuk mahkemelerinde talep edebilir. Ancak istekli bir ihaleye katılamamışsa veya ihalede yapılan işlemlerin düzeltilmesini talep ediyorsa "Council of State" yani idarî yargı yerinde bu durumun düzeltilmesini ister. David D'Hooghe, "Enforcing the Public Procurement Rules in Belgium", p.91-110, Edited by Arrowsmith, Sue, **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Earlsgate Press, 1993, s.93., Danimarkada ise, ihale işlemlerini incelemek üzere özel bir kuruluş (Appeal Board for Public Procurement) oluşturulmuştur. Bu kuruluş mahkeme (tribunal) olarak nitelendirilmektedir. Kuruluşun başkanı yüksek yargı üyeleri arasından üç başkan yardımcısı da hakimler arasından seçilir. 16 ihale uzmanı kurulda yer alır ve teknik bilgi ve Avrupa Birliği Hukuku konusunda destekte bulunur. Başkan, başkan yardımcıları ve uzmanlar Sanayi Bakanı tarafından 4 yıllığına atanırlar. Süresi bitenler yeniden atanabilir. Kurum mevzuata aykırı işlemleri iptal edebilir, düzeltebilir yada da idarenin yaptığı işlemi teyit edebilir. Kirsten Hee Larsen, "Enforcing the Public Procurement Rules in Denmark", p.111-119, Edited by Arrowsmith, Sue, **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Earlsgate Press, 1993, s.112-113., İtalyada ise, şikayetlerin incelenmesinde dörtlü bir yol benimsenmiştir. Birinci olarak şikayetçi idareye başvuru yolunu kullanabilir. İkinci olarak idarî denetim yoluna başvurabilir. Üçüncü olarak yargı yoluna başvurabilir. Dördüncü olarak ise, eğer işlem aynı zamanda suç unsuru içeriyorsa ceza yargısı mercilerine ihaleye karşı başvurulabilir. Franco Mastragostino, "Enforcing the Public Procurement Rules in Italy", p.119- 162, Edited by Arrowsmith, Sue, **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Earlsgate Press, 1993, s.120-132., Lüksemburg'da ise, şikayet inceleme yolu şeffaflıktan uzaktır. Genel olarak şikayetlerin idareye başvuru ve idarî yargıda çözümlenmesi esası kabul edilmiştir. Dean Spielmann, "Enforcing the Public Procurement Rules in

İstekli sıfatı, teklifin idare kayıtlarına alındığı tarihten itibaren başlar. Posta yoluyla verilen tekliflerde, postanın ihale saatinden önce idare kayıtlarına alındığı tarihten itibaren başlar. Elektronik yöntemlerle EKAP üzerinden yapılan ihalelerde teklifin site üzerinden yüklenmesiyle (upload) istekli sıfatı başlar. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 30 uncu maddesine göre, posta yoluyla gönderilen teklifler ihale saatinden sonra idareye ulaştığı takdirde işleme konulamaz.

Kanaatimizce, her ne kadar burada tekliften bahsedilse de hukukî anlamda bir teklifin varlığından bahsetmek mümkün değildir. İhale saatinden sonra idareye ulaşan teklif zarflarının açılması imkânı yoktur. Böyle bir halde ise, teklifin varlığından da bahsedilemez.

Luxembourg”, p.163-194, Edited by Arrowsmith, Sue, **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Earlsgate Press, 1993, s.167-174. , Hollanda’da ise, ihaleden doğan uyuşmazlıklar tahkim yoluyla ve sınırlı olarak hukuk mahkemelerinde çözülmektedir. Bu ülkede çok sayıda olan tahkim kurumlarının başında Raad van Arbitrage gelmektedir. Bu kuruluş şikayet edilen ihalenin büyüklüğüne göre oluşturulan hakem heyetleriyle uyuşmazlığı çözer. Hakem heyetlerinin kararlarına karşı temyiz yolu da bulunmaktadır. Gert-Wim A. Van de Meet, “Enforcing the Public Procurement Rules in the Netherlands”, p.195-238, Edited by Arrowsmith, Sue, **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Earlsgate Press, 1993, s.199-205., İspanya’da ise, Fransız hukukunun etkisi ile kamu ihale sözleşmeleri idarî sözleşmeler alanında kalmaktadır. Çıkan uyuşmazlıklar ise, idarî denetim yolu ve idarî yargı yoluyla çözümlenmektedir. José M. Fernandez Martin, “Enforcing the Public Procurement Rules in Spain”, p.239-270, Edited by Arrowsmith, Sue, **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Earlsgate Press, 1993, s.246., İngiltere’de ise, yargı birliğinin etkisi ile ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar hukuk mahkemelerinde çözümlenir. Stephen Weatherill, “Enforcing the Public Procurement Rules in the United Kingdom”, p.271-304, Edited by Arrowsmith, Sue, **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Earlsgate Press, 1993, s.277., İrlanda’da ihale işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar “High Court” ta çözümlenir. İngiliz hukuk sisteminin etkisi altında olan İrlanda hukuk sisteminde ayrı bir idarî yargı müessesesi bulunmamaktadır. Ancak sorunlara ilişkin uzmanlaşmış mahkemeler (tribunal) sorunların çözümünde yer alır. Kieran McCourt, “Enforcing the Public Procurement Rules in Ireland”, p.305-326, Edited by Arrowsmith, Sue, **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Earlsgate Press, 1993, s.306., Fransa’da ise, idarî sözleşmeler alanından sayılan ihale sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar idarî yargı yerleri ile tek yargıçı mahkemelerde çözümlenmektedir. Patrice Valadou, “Enforcing the Public Procurement Rules in France”, p. 327-356, Edited by Arrowsmith, Sue, **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Earlsgate Press, 1993, s. 330., Almanya’da ise, kamu ihale sözleşmeleri ve ihale işlemlerine ilişkin uyuşmazlıklar hukuk mahkemeleri ile Vergabepfprüfstelle denilen inceleme birimlerinde görülmektedir. Andrea Niedzela; Reinhard Engshuber, “Enforcing the Public Procurement Rules in Germany”, s. 357-383, Edited by Arrowsmith, Sue, **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Earlsgate Press, 1993, s. 368-370.

Bir kimsenin istekli sıfatını taşıması için teklif verme ehliyetine sahip olması gerekir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre teklif verme ehliyetine gerçek kişiler, tüzel kişiler ve tüzel kişilikleri olmayan iş ortaklıkları (joint venture) ve konsorsiyumlar sahiptir⁵⁸. Burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta da Türk Hukuku açısından ehliyetli olma ile yabancı hukuk açısından ehliyetli olma açısından bir fark bulunmadığı istekli tanımında da görülmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun çıkarılma gerekçelerinden biri olarak görülen, Türk ihale piyasasının yabancılara açılması düşüncesi bu hususta da kendisini göstermektedir.

III. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Kamu ihale sözleşmelerinin konusunu, yapım işleri, hizmet alımları, mal alımları ve danışmanlık hizmet alımları oluşturmaktadır. Danışmanlık hizmet alımları, esasen hizmet alımlarının özel bir türü olduğundan sözleşmeye karakteristiğini veren edimin şekline göre nitelik kazanmaktadır.

A. Mal Alımı Sözleşmeleri

Mal alımı kavramının tanımına 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4 üncü maddesinde yer verilmiştir. Buna göre taşınır ve taşınmaz alımı ile bunlara ilişkin her tür hakkın satın alınmasına ilişkin sözleşme mal alımı sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda gemi yapımı veya taşınmazlar üzerinde kurulacak her tür sınırlı aynî hak mal alımına ilişkin kamu ihale sözleşmesine konu edilebilir.

⁵⁸ KİK m. 4'te istekli tanımı sınırlayıcı biçimde sayılmıştır. İstekliler teklif verme ehliyetine sahip olduğu sürece ihalelere katılabilirler. Bilir, **a.g.e.**, s. 30, Joint venture sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Dayınlarlı, **Joint Venture Sözleşmesi**, 3. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, 2007. Ortak girişim, sözleşmeye dayalı bir ortaklık türü olarak nitelenen, birden fazla kişinin ortak bir amaca ulaşmak için bir araya gelerek oluşturdukları ortaklık olarak tanımlanabilir. Erkan Özdemir, **Kamu İhale Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişim Müessesesi**, Kamu ihale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2006, s. 10.

B. Hizmet Alımı Sözleşmeleri

Hizmet alımına ilişkin kamu ihale sözleşmesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 4 üncü maddesinde yer alan hizmet tanımı kapsamında yer alan konuları kapsar. Taşınırın bakım ve onarımı, taşıma, haberleşme, araştırma ve geliştirme, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım gibi hizmetler, hizmet alımı sözleşmesine konu edilirler.

C. Yapım İşi Sözleşmeleri

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu yapım işinin teknik bir tanımını yapmak yerine örnekleme yoluyla belirlemeyi tercih etmiştir. Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı rıhtım gibi her türlü inşaat işleri ile bunlara ilişkin tesisat, imalat, ihzarat, nakliye benzeri işler yapım işi olarak tanımlanmıştır. Buna göre inşaat ve bununla ilgili diğer işlerin tamamı yapım işi kapsamında mütalaa edilmektedir. Bu kapsamda yapılan kamu ihale sözleşmeleri de yapım işi sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır.

IV. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

Kamu ihale sözleşmeleri, niteliğini veren unsurların dışında, şekil ve teklif verme hususları dikkate alınarak 5'e ayrılmıştır. Bu ayırım, alım konusunu dikkate alması nedeniyle, farklı tip sözleşmelere konu olmuştur.

A. Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşme

Yapım işlerinde, uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden imzalanan kamu ihale sözleşmesi, anahtar teslim götürü bedel sözleşmedir⁵⁹.

Anahtar teslim götürü bedel sözleşmede, yapım işinin bünyesine giren inşaat kalemlerinin fiyatlarının idare açısından bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü idarece ihale aşamasında dikkate alınan bedel, toplam teklif bedelidir⁶⁰. İşin yapımı sırasında da yapım işinin ilerleme yüzdeleri ile sözleşme bedelinin yüzde dağılımını gösteren porsantaj cetvelleri ödemeye esas alınmaktadır⁶¹.

Porsantaj cetvelleri, idarenin nakit gerçekleşme zamanına göre, yapım işinin yapılması sırasında, sözleşme bedelinin yüzdeler dilim içerisinde ödeme oranını gösterir⁶². Yoksa porsantaj, işin yapılması sırasında kullanılacak malzemenin yada imalatların tek tek gösterildiği bir belge değildir.

Yapım işinin bünyesine giren imalât, uygulama projesi, mahal listesi ve metrajlarda yer almaktadır⁶³. Öte yandan iş artışı veya eksilişinde, yeni birim

⁵⁹ KİSK m. 6'ya göre, "Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden" imzalanan sözleşme olarak tanımlanmıştır.

⁶⁰ Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme m.6.1 dipnot 9(1)

⁶¹ Kemer, a.g.e., s. 23.

⁶² Kemer, a.g.e., s. 23.

⁶³ KİK m. 4'te, "Ön proje : Belli bir yapının kesin ihtiyaç programına göre; gerekli arazi ve zemin araştırmaları yapılmadan, bilgilerin halihazır haritalardan alındığı, çevresel etki değerlendirme ve fizibilite raporları dahil elde edilen verilere dayanılarak hazırlanan plân, kesit, görünüş ve profillerin belirtildiği bir veya birkaç çözümü içeren projeyi,

Kesin proje : Belli bir yapının onaylanmış ön projesine göre; mümkün olan arazi ve zemin araştırmaları yapılmış olan, yapı elemanlarının ölçülendirilip boyutlandırıldığı, inşaat sistem ve gereçleri ile teknik özelliklerinin belirtildiği projeyi,

Uygulama projesi: Belli bir yapının onaylanmış kesin projesine göre yapının her türlü ayrıntısının belirtildiği projeyi," ifade edeceği hükmüne bağlanmıştır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 18.02.2013 tarihli ve E:2012/732, K:2013/1091 sayılı Kararında, "Yanlar arasında 09.02.2008 tarihli sözleşme düzenlenmiştir. Sözleşmenin 9. maddesi uyarınca Yapım İşleri Genel Şartnamesi, İdari Şartname, Sözleşme Tasarısı, Birim Fiyat Tarifleri, Mahal Listeleri, Özel Teknik Şartname, Genel Teknik Şartname, Ön/Kesin projeler sözleşmenin eki" olarak kabul edilmiştir.

fiyatların tespitinde de porsantaj oranları dikkate alınamaz. Çünkü porsantaj cetvelindeki oran mevcut proje ile ilişkilidir. Projede olmayan bir imalatın fiyatının tespitinde Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 22 nci maddesine göre işlem yapılması gerekir.

Burada önem taşıyan hususlardan biri de, hangi yapım işlerinin anahtar teslim götürü bedel sözleşme ile yaptırılacağı hususudur. Bu konu 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, uygulama projesi bulunan tüm yapım işlerinin, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeyle yapılması zorunludur. Uygulama projesi yapılması zorunluluğu bulunmayan işler aşağıda sayılmıştır:

- (i) Doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işleri: 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21'inci maddesinde öngörülen "doğal afetler" nedeniyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması durumunda ön veya kesin proje üzerinden ihale yapılabilir. Bu durumda birim fiyat sözleşme veya niteliğine göre karma sözleşme uygulanır.
- (ii) İhale konusu işin özgün nitelikte olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerin gerekli olan nitelikte belirlenemediği durumlarda ön veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir⁶⁴.
- (iii) Yapım işine ait her türlü onarım işleri birim fiyat sözleşme ile yaptırılabilir.
- (iv) İşin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerekmesi durumunda, uygulama projesi ihaleden önce hazırlanamayacağı gerekçesiyle, anahtar teslim götürü bedel sözleşme yapılması zorunluluğu ortadan kalkar (KİK m. 62 f.1 (c) bendi).
- (v) Uygulamada imar ve güzergâh değişikliklerinin muhtemel olması nedeniyle, ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel sözleşme yapılamaz.

⁶⁴ Quigley, a.g.e., s. 347.

Kanun koyucu her halükârda bina işlerinin anahtar teslimi götürü bedel sözleşme ile yapılmasını öngörmüştür. Uygulama da yeni bina yapımları anahtar teslimi götürü bedel sözleşme ile yaptırılmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 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 meydana getirilmesini ister.

B. Götürü Bedel Sözleşme

Götürü bedel kamu ihale sözleşmesi, ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece ihaleden önce belirlenen işin tamamı için, isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden yapılan sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁶⁵. Götürü bedel sözleşme mal ve hizmet alımları için yapılabilir. Yapım işlerinde idare tarafından anahtar teslimi götürü bedel sözleşme yapılması kural iken, mal ve hizmet alımlarında götürü bedel sözleşme yapma zorunluluğu yoktur.

C. Birim Fiyat Sözleşme

Yapım işlerinde, mal alımlarında ve hizmet alımlarında her bir iş kalemin miktarı ile, bu iş kalemleri için teklif edilen birim fiyatların çarpılması sonucu bulunan, toplam bedel üzerinden yapılan sözleşme, birim fiyat sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁶⁶.

⁶⁵ KİSK m. 6 f.1 (b) bendine göre, “Mal veya hizmet alımı işlerinde, ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşme,” imzalanacağı belirtilmiştir.

⁶⁶ KİSK m.6 f.1 (c) bendine göre birim fiyatlı sözleşme, “Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden” imzalanır.

Birim fiyat sözleşmede, teklif mektubuyla birlikte birim fiyat cetveli teklifin esasını oluşturur. İdare, birim fiyatlı bir işi kısmî teklife⁶⁷ açtığı takdirde her bir iş kalemini farklı yüklenicilerden alma hakkına sahiptir. Yani isteklinin teklifi, kısmi teklife açılmamış birim fiyatlı işlerde toplam bedel üzerinden değerlendirmeye alınırken, kısmi teklife açık birim fiyatlı ihalelerde her bir kısım için verilen teklif dikkate alınmaktadır. Kısımlar bir kalemde oluşabileceği gibi, birden fazla kalem iş bir araya getirilerek de oluşturulabilir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 37 nci maddesinin son fıkrasında yer alan aritmetik hata müessesesi ancak birim fiyatlı işlerde söz konusu olabilir. Aritmetik hata, birim fiyat cetvelinde yapılan çarpım ve toplamlarda yapılan hatadır. Birim fiyat cetveli, kamu ihalelerinde önemli belgelerden biridir. Çünkü ödeme, birim fiyat cetvelindeki miktar ve bedel dikkate alınarak gerçekleştirilir.

Birim fiyat sözleşmeler, idareler tarafından daha çok tercih edilir. Bunun altında hem sözleşmenin yürütülmesindeki esneklik, hem de teslim yerleri ile teslim şartlarının kısmî olarak belirlenmesine imkân sağlanması yatmaktadır. İş artışında, artış miktarının⁶⁸ birim fiyatlı kamu ihale sözleşmelerinde daha fazla olması da esnekliğin görüntüsüdür.

Sonuç olarak, birim fiyatlı kamu ihale sözleşmesi yapılmasında asıl neden, ihale dokümanının idareler tarafından, yeterli netlikte hazırlanamamasıdır. Sözleşmenin yürütülmesi sırasında ortaya çıkacak hususların, idarenin ihtiyaçlarının karşılanmasını engellemesi önlenmeye çalışılmıştır.

⁶⁷ Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (MAİUY) m.3 f.1 (f) bendi.

⁶⁸ KİSK m. 24'e göre birim fiyatlı işlerde iş artışı sözleşme bedelinin % 20'sine kadar mümkündür. Bakanlar Kurulu bu oranı % 40'a kadar artırmaya yetkilidir.

D. Karma Sözleşme

Karma sözleşme, yapım işlerinde söz konusu olur. Yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel sözleşme yapılması asıl, birim fiyat sözleşme ise istisnadır. Ancak bazı işler, niteliğinden dolayı tamamı üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme yapma imkânı bulunmayabilir⁶⁹. İşin bir kısmının anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeyle yaptırılabilirdiği hallerde, idare bu kısmı anahtar teslim götürü bedel, diğer kısımları ise birim fiyat sözleşme ile ihale etmek durumundadır. Bu iki sözleşme tipinin tek yapım işinde birleşmesi durumunda karma sözleşme söz konusu olur⁷⁰.

Karma sözleşme, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda; *“yapım işlerinde, niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda..”* imzalanan sözleşme şeklinde tanımlanmıştır⁷¹. Karma sözleşmelerin uygulanmasında, idare tarafından bedelin ödenmesi, anahtar teslimi götürü bedel teklif alınan kısım için porsantaj cetvellerine göre, birim fiyatlı teklif alınan kısımda ise birim fiyat teklif cetveline göre yapılır.

İş artışında uygulanacak oran ise anahtar teslim götürü bedel teklif alınan kısım için ayrı, birim fiyat teklif alınan kısım için ayrı olarak toplam sözleşme bedeli üzerinden hesaplanmalıdır. Kamu İhale Sözleşme Kanununun 24 üncü maddesinde yer alan “sözleşme bedelinin” ibaresi bu iddiayı destekler niteliktedir.

⁶⁹ Onarım işleri, denizaltında yapılan imalatlar, tünel inşaatları gibi.

⁷⁰ KİSK m. 6’da *“Yapım işlerinde; niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda karma sözleşme,”* imzalanacağı öngörülmüştür. Bu hüküm aynı zamanda karma sözleşmenin bileşenlerini de ortaya koymaktadır.

⁷¹ Karma sözleşmenin bu şekilde tanımlanması, dar bir tanımlama olmuştur. Meselâ bir işin bünyesinde hem yapım işi hem de mal alımı olduğu ya da mal alımı ile birlikte hizmet alımı olduğu takdirde nasıl bir sözleşme düzenlenecektir. Doktrinde Trepte, burada karma sözleşmelerin bir türü olarak edim konusuna göre karar verilmesi gerektiğini ileri sürer. Yazara göre, kamu ihale sözleşmesinin konusunu oluşturan edimler birincil ve ikincil edimler olarak ikiye ayrılır. Birincil edim yükümünün ait olduğu sözleşme tipi kamu ihale sözleşmesine karakterini verir. Peter Trepte, **Public Procurement in the EU A Practitioner’s Guide**, Second Edition, Oxford University Press, 2007, s.235-238.

E. Münferit Sözleşme

Münferit sözleşme, çerçeve anlaşma yapılan işlerde, kamu alımının gerçekleştirildiği, çerçeve anlaşmanın içerisinde yapılan sözleşmeyi ifade eder⁷². Niteliği itibari ile sözleşme yapma vaadi olan çerçeve anlaşmalar⁷³ başlangıçta sağlık alanında ihtiyaç duyulan ve fiyatı teslim yeri ve teslim miktarına göre değişen mal ve hizmetler ile yapım işleri için öngörülmüştür. Ancak kapsamı sonradan genişletilmiştir. Çerçeve anlaşmalar 5680 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ihale mevzuatına girmiştir⁷⁴. Çerçeve anlaşmalarla idareler bir yandan ölçek ekonomisinin avantajlarından yararlanırken, diğer taraftan da stok maliyetinden kurtulmaktadır⁷⁵.

V. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNE HAKİM OLAN İLKELER

İdarelerin ve isteklilerin davranışlarının sıkı usul kurallarına tabi olduğu kamu ihale sözleşmelerinde, kanun koyucu bazı ilkeleri açıkça ortaya koymuştur. Bu ilkeler, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun yanında, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile sözleşmelerin genel niteliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple bahsedilen ilkeleri ikiye ayırarak incelemek sistematik açıdan yerinde olur.

A. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Yer Alan İlkeler

1. Tarafların Eşitliği İlkesi

Tarafların eşitliği ilkesi, kamu ihale sözleşmelerinin uygulanmasında ve yorumlanmasında kendini gösterir. Daha önce de belirtildiği üzere kamu

⁷² KİSK m. 6'ya göre, "Çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanan" sözleşmeye münferit sözleşme adı verilir. Buz, **a.g.e.**, s. 225.

⁷³ Dursun Ali Demirboğa, "Çerçeve Sözleşme İhaleleri", Güncel Mevzuat, Kasım 2007, Sayı 23, s.16-19.

⁷⁴ 07.06.2007 tarihli ve 26545 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

⁷⁵ Demirboğa, **a.g.m.**, s.18.

ihale sözleşmesinin hazırlanmasında idare tek yetki sahibidir. Ancak bu husus, kamu ihale sözleşmelerinin hazırlanmasında, idareye tek taraflı olarak sözleşmedeki menfaatler dengesine⁷⁶ aykırı hükümler koymasına imkân sağlamaz⁷⁷.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun sistematığına bakıldığında, idare ile müteahhit arasındaki ilişkilerin sıkı sıkıya düzenleme gereği duyulduğu anlaşılmaktadır. Anılan Kanunun 4 üncü maddesinde eşitlik prensibine aykırı düzenlemelere ihale dokümanında yer verilemeyeceği öngörülmüştür. İhale dokümanı, (YİİUY m.14 f.3) ihale ilân tarihine kadar idare tarafından hazırlanan, ihalenin yapılması aşamasından, sözleşmenin sona ermesine kadar geçen sürede idare tarafından uygulanacak kurallar manzumesidir. Kamu ihale sözleşmesi imzalandıktan sonra ihale dokümanı, sözleşmenin eki haline gelmektedir. Bu husus tip sözleşme tasarılarında açıkça belirtilmiştir⁷⁸.

Mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerine ait tip sözleşmelerin 8 inci maddesinde, ihale dokümanının kamu ihale sözleşmelerinin bir parçası olduğu belirtilmiştir. Aynı hükümde ihale dokümanı ile kamu ihale sözleşmesi arasında çelişki olması durumunda, ihale dokümanının esas alınacağı hükme bağlanmıştır. İhale dokümanını oluşturan belgeler birden fazladır ve bunlar arasındaki öncelik sıralaması, sözleşmenin uygulanması, yorumlanması ve sona erdirilmesi bakımından önem taşımaktadır⁷⁹.

⁷⁶ Sinai Deutch, **Unfair Contracts The Doctrine of Unconscionability**, Lexington Books, 1977, s.19.

⁷⁷ Meselâ, idare tek taraflı olarak müteahhidin sözleşmeden elde edeceği menfaatten daha fazla cezai şart içeren hükümleri (Hizmet Alımlarına İlişkin Tip Sözleşme m. 16 dn. 26) kamu ihale sözleşmesine koyamaz ya da kamu ihale sözleşmesi şartlarının tek başına idare tarafından değiştirilebileceğine ilişkin şartlar kamu ihale sözleşmelerine konulamaz (KİSK m. 15).

⁷⁸ Meselâ Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşmenin 8 inci maddesi.

⁷⁹ Tip sözleşmelerin 8 inci maddesi bu konuya ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu hükme göre ihale dokümanını oluşturan belgeler arasındaki öncelik sıralaması, ihalenin yapılması ve sözleşmenin yürütülmesi sırasında idare tarafından, itirazın şikâyet incelemesi sırasında Kamu İhale Kurumu tarafından dikkate alınmalıdır. Kamu ihale Kurumu tarafından hazırlanan ve Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren bu hüküm dikkate alındığında, ihale dokümanında ki çelişkiler nedeniyle iptal edilen birçok ihalenin iptaline gerek bulunmadığı anlaşılacaktır. Diğer taraftan Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip ihale dokümanlarında tarafların eşitliğine aykırı birçok hüküm bulunmaktadır. Meselâ, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin, “sözleşmede

2. İhale Dokümanına Uygun Sözleşme Yapılması İlkesi

İhale dokümanı idareler tarafından hazırlanır ve en geç ihale ilân tarihinde kesinleştirilir (YİİUY m.14 f. 3). İhale sürecinde, hem tekliflerin hazırlanması hem de tekliflerin değerlendirilmesinde tek ölçüt ihale dokümanıdır. İhalenin asgarî şartı olan “yarışma” ihale dokümanı ile gerçekleşir. Bu yarışma sonunda akdedilen kamu ihale sözleşmesinin de bu ihale dokümanına uygun olması gerekir. Zaten ihale dokümanı, sözleşme şartlarını içeren belgeden başka bir şey değildir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4 üncü maddesinde yer verilen hüküm, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 46 ncı maddesinin ikinci fıkrasının aynısıdır. Kanun koyucunun hem ihale aşamasını düzenleyen Kamu ihale Kanununda, hem de, idareyle müteahhit arasında sözleşmenin yerine getirilmesi aşamasında, aynı ilkeyi vurgulaması konuya verdiği önemi göstermesi bakımından dikkat çekicidir. Anılan iki hükmün düzenleniş şekli ve koruduğu menfaat dikkate alındığında, hükümlerin emredici ve kamu düzenine ilişkin olduğu ileri sürülebilir.

Emredici hükümlere aykırılığın yaptırımı, TBK m. 27’ de, (BK m. 19 ve 20) belirlenmiştir. Yapılan aykırılığın niteliğine göre kısmi hükümsüzlük (butlan) mümkündür. Ancak bu hüküm olmaksızın sözleşme yapılmayacaksa, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olacağı dikkate alınmalıdır. Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan ihale dokümanlarının

bulunmayan işlerin fiyatlarının tespiti” başlıklı 22 nci maddesinin 4 üncü fıkrasında, idarenin sözleşme devam ederken ortaya çıkan yeni bir kalem işin yapılmasında müteahhidin itirazı olsa bile yapım işine devam etmek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Ekonomik olarak karşı tarafın mahvına neden olabilecek bir yetki dengesizliğinin sözleşmede bulunmasını eşitlik prensibi açısından savunmak zordur. Başka bir örnek te idarî şartnamelerde yer alan posta veya kargo yoluyla ihale dokümanının satılmasının öngörülmesi halinde idarece idarî şartnameye konulacak hükümdür (YİİUY m. 26 f. 3). Buna göre, idare ihale dokümanının posta veya karga yoluyla satılmasının öngörülmesi halinde, idare tarafından doküman satın alma talebinin ulaştığı tarihten itibaren iki iş günü içerisinde ihale dokümanını, talep edene gönderir. Bu durumda ihale dokümanının postaya veya kargoya verildiği tarih, ihale dokümanının satın alındığı tarih olarak kabul edilir. İhale dokümanına karşı itiraz veya diğer hukukî hakların kullanılmasında ihale dokümanının satın alındığı tarih, sürelerin başlama tarihidir. Hiçbir şekilde taşınır bir mal olan ihale dokümanının satın alınması, Türk Medeni Kanundaki taşınır mülkiyetinin devrine uygun olmamakla beraber, kişinin kendi egemenlik alanına girmeyen bir belgeden dolayı yasal haklarını kullanma yolunu da sınırlanmaktadır.

genel olarak, idareler tarafından yapılabilecek ihale dokümanı ile sözleşme arasındaki uyumsuzlukları en aza indirme amacı güttüğü söylenebilir. Gerçekten de tip sözleşmelerin yukarıda zikredilen 8 inci maddesinde, ihale dokümanı ile kamu ihale sözleşmesi arasında uygunsuzluk bulunduğu, ihale dokümanının dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Bazı hallerde bu uyumsuzluğun ihale dokümanı dışındaki hususlardan kaynaklanması mümkündür. Meselâ, ihale aşamasında isteklinin verdiği bedelden farklı bir bedel üzerinden sözleşme imzalanırsa uygulanacak yaptırımın niteliği doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁸⁰, sözleşme isteklinin verdiği bedel üzerinden kurulur. Sözleşmede yer alan bedeldeki azlık veya çokluk sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu görüş, dayanağını, kesinleşen ihale kararının istekliye gönderilmesiyle sözleşmenin kurulduğu varsayımına dayandırır. Gerçekten de, bu görüşte, isteklinin idareye verdiği önerinin (icabın) idare tarafından kabul edilmesi, yani kesinleşen ihale kararıyla sözleşme kurulmuş sayılır ve kamu ihale sözleşmesinin bedeli kısmında yapılacak hata (yanılma) sözleşmenin geçerliliğini etkilemez⁸¹. Bu yanılmaya (hataya) dayalı olarak fazladan yapılan ödemeler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre idarece geri alınabilir. Diğer taraftan teklif bedelinden daha az miktarla imzalanan kamu ihale sözleşmelerinde ise, müteahhit ödenen miktarla teklif bedeli arasındaki farkı sözleşme hükümlerine göre talep edebilir. Aradaki fark, zamanaşımı, def'iler ve iadenin kapsamı açısından farklılaşır.

Diğer bir görüşe göre⁸², kamu ihale sözleşmeleri kanunen yazılı şekle tabi sözleşmelerdir. Yazılı sözleşme üzerinde, sözleşmenin kurucu unsurlarının tarafların iradelerine uygun şekilde gerçekleşmesi gerekir. Bu durumda eğer sözleşme bedeli sözleşmenin kurucu unsurlarından ise mutlaka iradeye uygun şekilde yazılı metinde yer alması gerekir. Bedelde

⁸⁰ Catharine MacMillan, **Mistakes in Contract Law**, Hart Publishing, 2010, s.181.

⁸¹ Edwin Peel, **The Law of Contract**, Thirteenth Edition, Published by Sweet and Maxwell, 2010, s.348, Ruth Sefton-Green, **Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law**, Cambridge University Press, 2006, s. 20-21.

⁸² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.141 dn.129'daki yazarlar.

yanılma esaslı yanılmadır. Ancak ihale dokümanındaki belgelerden tarafların gerçek iradesi anlaşılıyor ve imzalanan sözleşme metninde irade açısından bir çelişki oluşmuyorsa, sözleşme tarafların iradelerine uygun şekilde kurulur. Meselâ, idare ve istekli tarafından imzalanan sözleşmede bedel yer almamakla beraber, teklif mektubu ihale dosyasında yer alıyor ve sözleşme bedeli anlaşılıyorsa, sözleşme teklif mektubundaki bedel üzerinden kurulur. İkinci görüşteki kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımı, kamu ihale sözleşmesindeki bedelle, teklif mektubunda yer alan bedel arasındaki tutarsızlıkta söz konusu olur. Türk Borçlar Kanunundaki şekle ilişkin hükümler dikkate alındığında, ikinci görüşün daha isabetli olduğunu sonucuna varmak gerekir.

3. Sözleşme Bedelinin Değişmezliği İlkesi

Sözleşme bedelinin değişmezliği ilkesinin kabul edilmesinde, başlangıçtaki keşif bedelinin birkaç katına bitirilemeyen⁸³ kamu yatırımlarının etkisinin bulunduğunu söylemek yerinde olur. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanununda yer alan iş artışına ilişkin hüküm, temel, tünel gibi önceden özellikleri tam olarak belirlenemeyen işlerin yapımı için öngörülmüş iken, uygulamada her artış bu kapsamda değerlendirilmiş ve ülkemiz bir ölü yatırımlar cennetine çevrilmiştir⁸⁴. Bu sebeple kanun koyucu sözleşmede yapılacak değişiklikleri, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda belirlediği az sayıda hususla sınırlandırmıştır (KİSK m. 15).

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmede değişiklik yapılması, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin anlaşması şartıyla, işin yapılma veya teslim yeri ile, işin süresinden önce yapılması veya

⁸³ Devlet Planlama Teşkilatı, **Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Kamu Yatırımlarının Planlaması ve Uygulanmasında Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2001, s. 22.

⁸⁴ Muhittin Abacıoğlu, **İhale Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2000, s. 319 vd.

teslim edilmesi kaydıyla, işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme hallerinde öngörülmüştür⁸⁵.

Sözleşmenin devri, iş artışı ve iş eksilişi durumunda da yine kamu ihale sözleşmesinde değişiklik yapılması mümkündür. Kanun koyucu, her şartta sözleşme bedeline vurgu yapmış, bu bedelin artırılmasını mümkün olduğunca engellemeye çalışmıştır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ilk halinde, iş artışı veya eksilişi de söz konusu değil iken, 30.07.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanunun 46 ncı maddesinde yapılan değişiklikle bu imkân getirilmiştir⁸⁶. İş artışı veya eksilişinin olmadığı bir ortamda kamu alımlarını tam bir verimlilikle gerçekleştirmek mümkün değildir⁸⁷. Miktar olarak küçük bir yapım işinde bile yapımın tüm niteliklerinin projeye dökülebileceğini söylemek gerçekçi bir yaklaşım olmaz. Diğer taraftan kamu ihale sözleşmesinde “esnekliği” sağlayacak araçlara yer verilmemesi, neredeyse tüm kamu ihale sözleşmelerinin tamamlanmadan sona erdirilmesi sonucunu doğurur ki, bu husus kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesiyle bağdaşmaz.

İhale sürecinde ve sözleşmenin yürütülmesi sırasında esnekliği sağlayacak araçlar, maliyette verimliliğin sağlanması yanında, idarelerin kamu alım sistemlerini özel teşebbüslerin alım sistemlerine yaklaştırır.

B. Kamu İhale Sözleşmelerine Hakim Olan, Fakat Kanunda Yer Almayan Diğer İlkeler

1. Türk Borçlar Kanununun Tamamlayıcılığı İlkesi

2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin olarak yapılan sözleşmeler hakkında ayrı bir kanun bulunmamaktadır. Sözleşmeye

⁸⁵ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) m.15’te sözleşmede değişiklik yapılacak hususlar tahdidi olarak sınırlandırılmıştır. Bu husus aynı zamanda uyarılma davalarında da dikkate alınacak bir husustur.

⁸⁶ 15.08.2003 tarihli ve 25200 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

⁸⁷ 4964 sayılı Kanunun 46 ncı maddesinin gerekçesi, www.tbmm.gov.tr, E.T.08.09.2009.

ilişkin hükümler daha çok anılan Kanunda yer almakla beraber⁸⁸, Türk Borçlar Kanunu hükümleri sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmuştur⁸⁹. Anılan Kanunun 92 nci maddesinde, Devlet İhale Kanununda yazılı sürelerin hesaplanmasında açıkça bir hüküm bulunmaması halinde, Türk Borçlar Kanununda yer alan hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ise, Türk Borçlar Kanununun sadece sürelerle ilişkin hükümlerini değil, sözleşmenin kurulmasından, sözleşmenin sona ermesine kadar geçen süreçte anılan Kanunda hüküm bulunmaması halinde Türk Borçlar Kanunun uygulanmasını öngörmüştür⁹⁰. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmesinin sona ermesinde, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer verilen özel sebeplerin yanında, Türk Borçlar Kanununda yer alan sözleşmenin sona erme sebepleri de uygulama alanı bulunmaktadır.

2. Yazılılık İlkesi

Kamu ihale sözleşmeleri kanunen yazılı şekle tabidir. İstisnalar dışında her kamu ihalesinin mutlaka bir yazılı sözleşmeye bağlanması gerekir⁹¹. İradî şekilden farklı olarak şekle aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlüktür. Çünkü kanun koyucu tarafından öngörülen şekil şartı emredicidir ve kamu düzenine ilişkindir.

⁸⁸ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK) m. 53 vd. sözleşmelere ilişkin şartlara yer verilmiştir.

⁸⁹ DİK m. 92' de anılan Kanunda hüküm bulunmaması halinde Borçlar Kanununa doğrudan atıf bulunmakla birlikte söz konusu Kanuna göre düzenlenen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Öte yandan anılan Kanunun "Hileli İnşaat ve Onarım" başlığını taşıyan 87 nci maddesine göre, "Gayrimenkullerin yapım ve onarımlarında kesin kabul tarihinden itibaren 5 yıl içinde malzemenin hileli olmasından veya yapım ve onarımın teknik icaplara uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyan, Borçlar Kanununun 360 ıncı maddesi gereğince ve 363 üncü maddesindeki sürede müteahhide ikmal ve tazmin ettirilir."

⁹⁰ KİSK m. 36 hükmüne göre "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır."

⁹¹ KİK m. 46'ya göre, "Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır."

Yazılı şekil şartının istisnalarını 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda öngörülmüştür. Nitekim, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin (f) bendine göre yapılan ihalelerde, malın sözleşme imzalanma süresinde teslimi halinde sözleşme yapılmasına gerek bulunmadığı belirtilmiştir. Burada sözleşmenin imzalanmamasından maksat, yazılı şekil şartına uyulmasının zorunlu olmadığı düşüncesidir. Yoksa ortada sözleşme yok iken idarelerin mal alması veya hizmet yaptırılması, Anayasamızda belirtilen kamulaştırma veya devletleştirme usulleri dışında mümkün görünmemektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 46 ncı maddesi yapılan tüm ihalelerin bir sözleşmeye bağlanacağını hükme bağlamıştır. Ancak sözleşmenin notere onaylatılması konusunda bir zorunluluk bulunmamaktadır⁹². Kanununun 30.07.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanununun 28 inci maddesiyle gerçekleştirilen değişiklikten önce tüm kamu ihale sözleşmelerinin (doğrudan temin usulüyle gerçekleştirilen alımları dâhil) notere onaylatılması zorunluluğu bulunmaktaydı⁹³. Pratikte uygulanmasının imkânsız olması ve kamuya getirdiği maliyet dikkate alınarak, notere onay zorunluluğu idarelerin takdirine bırakılmıştır. Uygulamada idarelerin kendi belirledikleri bedelin üzerindeki sözleşmelerin notere onaylatılması benimsenmiştir. Noterin yaptığı onay imza ve tarihe ilişkin olup, noterlerce re'sen düzenleme şeklinde yapılan bir sözleşme söz konusu değildir. Öte yandan noterlerce kamu ihale sözleşmelerine ilişkin bir sicil tutulması da sözkonusu değildir.

VI. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ SAFHALARI

İki tarafın bir hakkı veya hukukî ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade

⁹² Kamu İhale Kanununun 46 ncı maddesinde “notere tescil ve onaylatılma”dan bahsedilse de, teknik anlamda noterlerde tutulan bir kamu ihale sözleşmeleri sicili bulunmamaktadır. Bu sebeple, Kanunda geçen bu ibarenin, imza ve tarih onayı olarak anlaşılması yerinde olur.

⁹³ Bilir, **a.g.e.**, s. 26.

açıklamasından⁹⁴ oluşan hukukî işleme sözleşme denir. Bir sözleşmenin kurulabilmesi için âkidlerin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekir. Bu husus, sözleşmenin temel kurucu unsurunu⁹⁵ oluşturur (TBK m.1).

Tek taraflı hukukî işlemlerde⁹⁶, hukukî işlemin temel unsurunu, bir tarafın irade açıklaması oluştururken, sözleşmelerde iki tarafın birbirine uygun irade beyanının olması gerekir. Dolayısıyla bir sözleşmede en az iki tarafın⁹⁷ bulunması gerekmektedir. Bir sözleşmede, taraflardan her biri bir kişiden oluşabileceği gibi, taraflar birden fazla kişiden de meydana gelebilir⁹⁸.

Sözleşmelerde taraf olabilmek için hak ve fiil ehliyetine⁹⁹ sahip olmak gerekir. Gerçekten de, sözleşmenin meydana gelmesi için tarafların aynı zamanda fiil ehliyetine¹⁰⁰ sahip olması da gerekir¹⁰¹.

Kamu ihale sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Kural olarak sözleşmelerin kuruluşunda irade serbestisi gereği olarak herhangi bir usul öngörülmemiştir. Buna karşılık, kamu ihale sözleşmelerinin yapılmasına kadar olan işlemler belli bir usule bağlanmıştır. Kamu ihale sözleşmelerinde taraflardan biri her zaman idaredir. Karşı taraf ise, ihale sürecinde teklifi ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak seçilen kişidir. Sözleşmenin meydana gelebilmesi için, tarafların irade beyanlarının birbirine

⁹⁴ Eren, **a.g.e.**, s.200, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.38, Reisoğlu, **a.g.e.**, s.56, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.53, Taylor/Taylor, **a.g.e.**, s.24, Chen-Wishart, **a.g.e.**, s. 62, O’Sullivan/Hilliard, **a.g.e.**, s.13, Andrews, **a.g.e.**, s.13.

⁹⁵ Eren, **a.g.e.**, s.200, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.52, Andrews, **a.g.e.**, s. 43.

⁹⁶ Eren, **a.g.e.**, s.165, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 48, Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.15.

⁹⁷ Eren, **a.g.e.**, s.227, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 52.

⁹⁸ Eren, **a.g.e.**, s.228, Andrews, **a.g.e.**, s. 52.

⁹⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.85, Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.85, Bilge Öztan, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 36. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 236 vd.

¹⁰¹ Bir kişinin geçerli bir sözleşme meydana getirebilmesi için, ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması, hacir altına alınmamış bulunması gerekmektedir. Taraflardan biri veya her ikisi fiil ehliyetine sahip değilse sözleşme geçersizdir. Sözleşmenin kurulmasına, tarafların dışında veya yanında başka kişilerin katılması mümkündür. Kanuni veya iradi temsilde temsilci iradesini beyan edebilir.

uygun olması ve asgari olarak sözleşmenin bütün esaslı noktalarını kapsamaması gerekir¹⁰².

Kamu ihale sözleşmesinin meydana gelmesinde ihale sürecinin tanımlanmasının büyük önemi bulunmaktadır. İhale süreci, ihale onay belgesinin hazırlanmasıyla başlayıp kamu ihale sözleşmesinin imzalanması yahut ihalenin iptal edilmesiyle sona eren süreci ifade eder¹⁰³. İhale onayından sonraki aşamayı ihale ilânı veya ihaleye davet oluşturur. İstekliler tarafından ihale tarihinde tekliflerin idareye verilmesi ve tekliflerin değerlendirilmesi aşaması bunu takip eder. Kesinleşen ihale kararının bildirilmesi, şikayet süresinin beklenmesi ve sözleşme imzalamaya davet ihale sürecinin son aşamasını oluşturur. Kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasıyla bu süreç sona erer.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 16, 39, 40 ve 54 üncü maddeleri idarenin bağlanma iradesini sona erdirebileceği halleri gösteren kurallardır. Gerçekten de idare ihale sürecinde bulunduğu aşama itibarıyla her zaman ihaleyi iptal etme yetkisine sahiptir¹⁰⁴.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelerde, istekliler tarafından idareye verilen teklif hukukî niteliği itibarıyla öneridir. Zira teklif, kamu ihale sözleşmesinin kurulması için gerekli olan asli unsurları taşımakta ve sözleşme ile bağlanma iradesini içermektedir. En geç ihale saatinde idareye verilen teklif, öneri (icap) olarak kabul edilmektedir. Ancak bu öneri (icap) süreli bir öneridir¹⁰⁵. Öneride (icapta) bulunan istekli teklif geçerlilik süresi kadar teklifiyle bağlı kalacağını muhatabı idareye bildirmektedir.

Tekliflerin geçerlilik süresi ile ilgili olarak, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 32 nci maddesine göre teklif geçerlilik süresinin ihale

¹⁰² Eren, **a.g.e.**, s.234-235, O'Sullivan/Hilliard, **a.g.e.**, s.37, Andrews, **a.g.e.**, s. 66.

¹⁰³ 03.01.2009 tarihli ve 27099 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m. 3.

¹⁰⁴ KİK m. 16, 39 ve 40 ncı maddeler ihale sürecinde idarenin iptal yetkilerini düzenleyen kurallar içerir.

¹⁰⁵ Eren, **a.g.e.**, s.250, Andrews, **a.g.e.**, s.45.

dokümanında belirtilmesi gerekmektedir. Teklif ve sözleşme şartları değiştirilmemekle birlikte ve isteklinin kabulü kaydıyla, en fazla ihale dokümanında öngörülen teklif geçerlilik süresi kadar teklif süresinin uzatılabileceğini hükme bağlayarak emredici bir düzenleme ortaya koyulmuştur. Buna göre, ihale dokümanındaki teklif geçerlilik süresi 60 gün olarak belirlenmişse, isteklinin kabul etmesi kaydıyla bu süre 60 gün daha uzatılabilir. Ancak bu sürenin bitiminde teklif kendiliğinden geçersiz hale gelir. Bu husus icabın yenilik doğurucu bir hak olmasına dayanır¹⁰⁶.

Yenilik doğurucu hakların başlıca özelliği kurucu, değiştirici veya bozucu etkiye sahip olduğu bir hukukî ilişkiye yönelik olarak beyan edildiğinde sonucunu meydana getirmesidir. Kamu ihale sözleşmesinin kurulmasında teklif, hukukî tanımlamasıyla öneri, kurucu etkiye sahip bir yenilik doğurucu haktır; dolayısıyla beyanın içerisinde yer alan süre kadar etkili olur. Sürenin bitiminde kendiliğinden öneri etkisiz hale gelir. Yeniden bu yenilik doğurucu hakkın kullanılması, ancak yeni bir öneride bulunulmasıyla mümkün olur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yeniden teklif alınmasına izin verilmemektedir¹⁰⁷.

Kamu İhale Genel Tebliğinde yer alan düzenlemede idare tarafından ihale üzerinde kalan istekliye sözleşme imzalayıp imzalamayacağı sorulmaksızın, idarece sırf teklif geçerlilik süresi dolduğu gerekçesiyle ihalenin iptal edilemeyeceğine ilişkin hüküm yer almaktadır (KİGT m. 16.7). Teklif geçerlilik süresi dolduktan sonra idarenin elinde geçerli hiç bir teklif bulunmamaktadır. Bu durumda ihale üzerinde bırakılan istekli veya tekliften de bahsedilemez. Dolayısıyla idarenin geçerli teklif kalmadığı gerekçesiyle

¹⁰⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.61, O’Sullivan/Hilliard, **a.g.e.**, s.10.

¹⁰⁷ 22.02.2009 tarihli ve 27327 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Kamu İhale Genel Tebliğinin “Teklif geçerlilik süresinin dolmasından sonra sözleşme yapılması” başlıklı 16.7 maddesinde, teklif geçerlilik süresinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 32 nci maddesine göre uzatılmasına rağmen dolması halinde, ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi veya ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibiyle, kabul etmeleri şartıyla sözleşme imzalanabileceği hükme bağlanmıştır. Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan bu düzenlemede, ne süreli önerinin ne anlama geldiği ne de 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 32 nci maddesinde yer alan teklif geçerlilik süresi ile ilgili emredici hüküm dikkate alınmıştır. Bu düzenleme ile ikinci defa süresiz olarak teklif geçerlilik süresinin uzatılması imkânı getirilmiştir. Bunun yasal dayanağının bulunduğunu söylemek oldukça zordur.

ihaleyi iptal etmekten başka yetkisinin bulunduğunu söylemek mümkün olmaz. Teklif ve teklif geçerlilik süresiyle ilgili bu iki düzenleme normlar hiyerarşisine aykırıdır¹⁰⁸.

Kamu ihale sözleşmesinin meydana gelmesini sağlayan idarenin beyanına “kabul” adı verilmektedir. Bunun ne zaman gerçekleştiği konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bu tartışmayı değerlendirmeden önce öneri yani teklifin değerlendirilmesi ve kabul beyanına ilişkin varsayımların tartışılması konunun aydınlanması açısından önem taşımaktadır. Aşağıdaki açıklamalar bu amaca yöneliktir.

A. İhale İlânı ve Hukukî Niteliği

İhale ilânı, umuma yöneltilen idarenin sözleşme yapma konusunda iradesini ihtiva eden ancak sözleşme konusunu müzakere etmeyi amaçlayan bir metindir. Dolayısıyla, ihale ilânını öneriye davet (icaba davet) olarak nitelendirmek yerinde olur¹⁰⁹. Öneriye davet (icaba davet) veya teklif vermeye davet, hukukî niteliği bakımından öneriden (icaptan) farklıdır. Gerçekten de bir irade beyanı, kabul edildiği takdirde sözleşmenin kurulmasını sağlamıyor, sadece sözleşme yapılmasına ilişkin müzakere yapılması iradesini taşıyorsa bu irade beyanı öneriye (icaba) davettir¹¹⁰. Öneriye (icaba) davetin en önemli özelliği, irade beyanı sahibinin, iradesinin güven teorisi çerçevesinde sözleşme kurma iradesinin bulunmadığından, sözleşme bu iradeye uygun verilen kabul beyanıyla kurulmaz.

¹⁰⁸ Yönetmelikle yapılan düzenlemenin üst norm olan Kanuna aykırı olması durumunda nasıl bir yöntem izleneceği yargı kararlarıyla çözüme kavuşturulmuştur. Meselâ, Yargıtay 10. HD'nin 29.12.1983 tarihli ve E.6127, K.6970 (YKD 10/1984-4-591) sayılı Kararında, “*Hakim, idarî bir tasarruf olan yönetmeliğin yasaya aykırı hükmünü uygulayamaz, Anayasamızın 138/1 maddesi, hakimin, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre hüküm vereceğini belirlemiştir. Yasalar hiyerarşisinin alt sıralarında bulunan yönetmelik kuralının, yasa kuralının üstüne çıkarılması söz konusu olamaz. Esasen Yönetmeliğin üst kurallara aykırı hükmünün yukarıdaki düşüncelerle uygulanmaması, onun iptali anlamına gelmez.*” Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, DEÜ4. Baskı, Ankara, Hukuk Fakültesi Yayınları No:41, 1993, s. 94.

¹⁰⁹ İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 285.

¹¹⁰ Eren, **a.g.e.**, s.247, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 65-66.

B. Tekliflerin Alınması ve Değerlendirilmesi

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelerde, idarenin icaba daveti üzerine, istekliler tarafından hazırlanan teklifler ihale saatine kadar idareye verilir¹¹¹. Teklifler elden verilebileceği gibi posta yoluyla da idareye gönderilebilir.

EKAP üzerinden yapılan ihalelerde, elektronik imza ile oluşturulan teklif, EKAP'a yüklendiğinde teklif idareye verilmiş olur. Bu saatten sonra istekli olabilecek sıfatı sona erer, istekli sıfatı başlar.

Öneri (icap), sözleşmenin yapılması iradesini içeren ve bu amaçla zaman itibariyle önce yapılan, karşı tarafa ulaşması zorunlu, tek taraflı, kesin ve irade sahibini bağlayan, karşı tarafın kabul beyanında bulunmasıyla, sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade beyanıdır¹¹². Sözleşmenin taraflarından her biri öneri beyanında bulunabilir. Öneri, hukukî niteliği itibariyle tek taraflı bir irade beyanıdır. Teklif sahibi öneride (icapta) bulunmakla, teklifiyle hem belirli bir süre bağlı kalmakta, hem de karşı tarafa sözleşmenin meydana getirilmesi için bir yetki vermektedir¹¹³. Bundan dolayı, teklifte bulunan öneri (icap) iradesini ortaya koymasıyla, karşı tarafa, kabul beyanında bulunmasıyla sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran, yenilik doğurucu bir hak sağlamış olmaktadır¹¹⁴.

Yukarıda belirtilen ve öneri (icap) niteliğinde olan teklifin değerlendirilmesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre bir şekilde bağlanmıştır. Söz konusu Kanunun m. 30 ve devamında konuya ilişkin ayrıntılı düzenleme mevcuttur. Burada idareye verilecek teklifin içinde bulunduğu zarfın şeklinden, üzerine yazılacak hususlara kadar birçok konu

¹¹¹ KİK m. 30 f. 2 'de tekliflerin verileceği yer ile ihale saatini belirleyen şekil kuralıdır.

¹¹² Michael Furmston, **The Law of Contract**, Fourth Edition, Published by LexisNexis, 2010, s. 259; Ewan McKendrick, **Contract Law**, Fourth Edition, Oxford University Press, 2010, s. 81; Laurance Koffman/Elizabeth MacDonald, **The Law of Contract**, Third Edition, Published by Tolley Publishing Company Limited, 1998, s.17.

¹¹³ Furmston, **a.g.e.**, s. 261.

¹¹⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 228, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 72

ayrıntılı olarak düzenlenmiştir¹¹⁵. Burada üzerinde durulması gereken önemli noktalardan biri de, teklifi oluşturan birden fazla belgenin bulunmasıdır. Bu asgarî şartların hangilerinin bulunması durumunda bir tekliften bahsedilecektir? Meselâ, anılan Kanunun 30 uncu maddesine uygun boş bir zarf teklif olarak kabul edilecek midir? Teklifin hukukî niteliğinin öneri (icap) olduğu yukarıda açıklanmıştı. Bu durumda idareye verilen belgelerin öneri (icap) sayılabilmesi için aşağıdaki özellikleri taşıması gerekir:

- (i) Teklifte, sözleşmeyle bağlanma iradesi olmalıdır¹¹⁶.
- (ii) Teklif, kurulması amaçlanan sözleşmenin hukukî sebebinin teşkil etmelidir¹¹⁷.
- (iii) Teklif, sözleşmenin objektif ve sübjektif bütün esaslı noktalarını taşımalıdır¹¹⁸.
- (iv) Teklif, karşı tarafa ulaşmalıdır¹¹⁹.

Yukarıdaki özelliklerden herhangi birinin bulunmaması durumunda, idareye verilen belge veya zarf teklif sayılmaz ve sahibi istekli sıfatını kazanamaz. Çünkü, sözkonusu şartlar kümülatif şartlardır. Aynı durum teklif zarflarının dışının kontrol edildiği, açık oturum aşamasında, zarfı uygun olmadığı için açılmadan değerlendirme dışı kalan kişiler içinde geçerlidir.

¹¹⁵ KİK m. 30'da, "Teklif mektubu ve geçici teminat da dahil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeler bir zarfa konulur. Zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu ve ihaleyi yapan idarenin açık adresi yazılır. Zarfın yapıştırılan yeri istekli tarafından imzalanır ve mühürlenir.

Teklif mektupları yazılı ve imzalı olarak sunulur. Teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen bedelin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılması, üzerinde kazıntı, silinti, düzeltme bulunmaması ve teklif mektubunun ad, soyad veya ticaret unvanı yazılmak suretiyle yetkili kişilerce imzalanmış olması zorunludur. Mal alımı ihalelerinde, ihale dokümanında alternatif teklif verilebileceğine dair hüküm bulunması halinde, alternatif tekliflerde aynı şekilde hazırlanarak sunulur." hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm, teklifin konulduğu zarfın tutun, teklif mektuplarının taşıması gereken özellikleri en ince ayrıntısına kadar düzenleyen usul kurallarını içermektedir. Bu kurallara aykırılık teklifin geçersiz olmasına neden olur.

¹¹⁶ Eren, **a.g.e.**, s.246, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 60.

¹¹⁷ Eren, **a.g.e.**, s.245, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 54, Andrews, **a.g.e.**, s.43, O'Sullivan/Hilliard, **a.g.e.**, s. 14.

¹¹⁸ Eren, **a.g.e.**, s.245, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 54.

¹¹⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 244, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 60.

Öneri (icap) muhataba yani idareye yöneltilirken, bağlanma iradesini içermelidir. İdareye yöneltilen irade beyanında sözleşmeyle bağlanma iradesi bulunmuyorsa, bu beyan öneri (icap) olarak nitelendirilemez. Yapılacak kamu ihale sözleşmesinin hukukî sebebi, teklifin önemli bir unsurudur. Dolayısıyla, teklif sahibinin irade beyanı, sözleşmenin hukukî sebebini içermelidir.

Teklif beyanı kamu ihale sözleşmesinin esaslı noktalarını içermelidir¹²⁰. Meselâ, bir kira sözleşmesinde kira konusu ve kira bedeli gibi objektif esaslı noktalar açıkça belirtilmelidir. Açıkça belirtilmekten kasıt, sözleşmenin konusunun belirliliğini ifade etmektedir. Bununla birlikte idare kamu ihale sözleşmesinin kurulmasını bazı esaslı olmayan yan noktalara bağlıyorsa, bu hususların da, teklif beyanında açıkça belirtilmesi gerekir¹²¹.

Öneri (icap), karşı tarafa ulaşması gereken irade beyanlarından¹²². Önerinin (icabın) hüküm ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için muhatabın hakimiyet alanına ulaşması gerekir. Öneri (icap) beyanı, dürüstlük kuralları¹²³ na göre karşı tarafın işyerine, kanuni ikametgahına veya iş hayatındaki kabullere göre, hakimiyet alanı sayılabilecek yerlere ulaşmasıyla karşı tarafa ulaşmış sayılır¹²⁴. Kamu ihalelerinde teklifin ulaşması gereken adres ve son ulaşma tarih ve saati ihale dokümanı, ihale ilânı veya davet

¹²⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 220, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 53 vd.

¹²¹ Eren, **a.g.e.**, s. 245, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 58.

¹²² Eren, **a.g.e.**, s. 244, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 54.

¹²³ James Gordley, “**Good faith in Contract Law in the Medieval Ius Commune**”, p.93-117, Edited by Zimmermann, Reinhard; Whittaker, Simon, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2008, 95 vd. İyiniyetle ilgili ilk yazıları ve örnekleri Cicero'nun eserlerinde görmek mümkündür. Martin Josef Schermaier, “**Bona fides in Roman Contract Law**”, p.63-92, Edited by Zimmermann, Reinhard; Whittaker, Simon, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2008, s.66., Amerikan hukukunun parçalı yapısı iyiniyet ilkesinin sözleşmelerin kuruluşuna ve edimlerin ifasına etkisi bakımından tarihsel olarak iki kısımda incelenebilir. 1960'tan önce iyiniyet kuralları ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, iyiniyetin sözleşme hukukuna uygulanması gereken genel bir yükümlülük olduğu kabul ediliyordu. 1960 yılında Uniform Commercial Code'un (Tekdüzen Ticaret Kanunu) yürürlüğe girmesinden sonra, iyiniyet ilkesinin sözleşmelerin kurulmasının ve edimlerin ifa edilmesinin iyiniyet kuralları çerçevesinde yapılacağını öngörmekteydi (Sec. 1-203). Robert S. Summers, “**The Conceptualisation of Good Faith in American Contract Law: A General Account**”, p.118-144, Edited by Zimmermann, Reinhard; Whittaker, Simon, Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, 2008., Öztan, **a.g.e.**, s. 173 vd.

¹²⁴ Reinhard Zimmermann; Simon Whittaker, **Good Faith in European Contract Law**, Cambridge University Press, 2008, s.17., Christian Twigg-Flesner, **The Europeanisation of Contract Law**, Routledge Cavendish Press, 2008, s.123.

yazısında bulunmaktadır. Teklifin idarenin hakimiyet alanına ulaşması ise idare kayıtlarında teklifin alındığının gösterilmesidir¹²⁵.

Öneri (icap) genel olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak özel kanunlarda önerinin (icabın) şekle tabi tutulduğu durumlar bulunmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu önerinin (icabın) şekle tabi tutulduğu kanunlardan biridir. Hukukî niteliği itibariyle öneri (icap) olan teklif için geçerlilik şekil şartı öngörmüştür (KİK m. 30 vd.). Buna göre:

- (i) Teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğine ilişkin irade beyanının bulunması gerekir.
- (ii) İstekli tarafından belirlenen teklif bedelinin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılması gerekir (KİK m. 30 f.2). Yazı ve rakamın birbirine uygun olmaması durumunda, kambiyo senetlerinde geçerli olan kural (TTK m. 588 f.1)¹²⁶ burada geçerli olmadığından teklif geçersiz olur.
- (iii) Teklif mektubunun üzerinde kazıntı, silinti ve düzeltmenin bulunmaması gerekir.
- (iv) Teklif mektuplarının yazılı olması, ad, soyad veya ticaret unvanı yazılmak suretiyle, fiil ehliyeti olan ya da şirketi veya ortaklığı temsil ve ilzama yetkili kişiler tarafından imzalanması gerekir.
- (v) Mal alımı ihalelerinde, ihale dokümanında alternatif teklif verilebileceğine dair hüküm bulunması halinde, alternatif tekliflerinde idareye verilmesi gerekir.
- (vi) Teklif mektubu ile idarece ihale dokümanında ve ihale ilânında isteklinin yeterliğinin değerlendirilebilmesi için istenilen belgeler bir zarfa konulur. Zarfın üzerine teklif verenin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas alınacak açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu ve ihaleyi yapan idarenin açık adresinin yazılması

¹²⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 244.

¹²⁶ Mahmut Bilgen, “**Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması**”, s. 985-1028, www.web.deu.edu.tr, E.T. 23.05.2011.

gerekir. Zarfın yapıştırılan yerinin teklif veren tarafından imzalanıp mühürlenmesi teklifin şekil şartıdır (KİK m. 30 f.1).

4734 sayılı Kamu İhale Kanununda teklifin şekli ve içeriği ilgili düzenlemeler emredici nitelikte hukuk kuralıdır. Bu nedenle emredici kurala aykırı olarak hazırlanan teklifler geçersiz kabul edilmektedir¹²⁷.

Teklif, kural olarak sahibini bağlar. Teklif sahibinin, teklifiyle bağlılığı iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, teklif sahibinin teklifini değiştirememesidir¹²⁸. Önerinin (icabın) bu tipik özelliği, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 30 uncu maddesinde açıkça ifadesini bulunmaktadır. Buna göre isteklilerce verilen tekliflerin, zeyilname düzenlenmesi hali dışında, herhangi bir nedenle geri alınması veya değiştirilmesi mümkün değildir. İkincisi ise, teklif sahibi karşı taraf öneriyi (icabı) kabul etmek suretiyle, öneri (icap) beyanında yer alan iradeye uygun olarak sözleşmeyi kurma yetkisi vermektedir. Teklif sahibi isteklinin teklifiyle bağlanma yükümü, karşı tarafın kendisine tanınan yenilik doğurucu hakkına dayanmaktadır.

Teklif sahibinin, teklifiyle bağlılık süresi süreli öneriyle (icapla)¹²⁹, süresiz öneriye (icaba)¹³⁰ göre değişmektedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre verilen teklifler süreli öneridir. Teklifle bağlılığın azamî sınırı olarak, süresiz önerilerde (icaplarda) herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Buradaki sınırı kişilik haklarına aykırılık olarak kabul etmek gerekir¹³¹.

Teklifle bağlanma süresinin tabi olduğu şekil, teklifin şekline bağlıdır¹³². Öneri (icap) beyanı belirli bir şekilde yapılıyorsa, aynı şekil şartı süre uzatımlarında da geçerlidir. Süre, takvim günü, iş günü gibi takvime

¹²⁷ KİK m. 36 f.1'e göre, "30 uncu maddenin birinci fıkrasına uygun olmayan zarflar bir tutanak ile belirlenerek değerlendirmeye alınmaz."

¹²⁸ KİK m. 30 f.4'te "Bu aşamada; hiçbir teklifin reddine veya kabulüne karar verilmez, teklifi oluşturan belgeler düzeltilemez ve tamamlanamaz." hükmüyle bu durumu teyit etmektedir.

¹²⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 250.

¹³⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 252.

¹³¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 64.

¹³² KİK m. 32'ye göre, "Tekliflerin geçerlilik süresi ihale dokümanında belirtilir. İdarece ihtiyaç duyulması halinde bu süre, teklif ve sözleşme koşulları değiştirilmemek ve isteklinin kabulü kaydıyla, en fazla ihale dokümanında belirtilen teklif geçerlilik süresi kadar uzatılabilir."

bağlı bir süre olabileceği gibi, bunu belirleyecek bir olaya da bağlanabilir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda belirlenen süre takvim gününü esas alan süredir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre verilen teklifin süreli öneri (icap) olduğunu yukarıda belirtilmiştir. Teklif sahibi, teklifinde belirlediği süre sonuna kadar bağlıdır. Bununla birlikte öneride (icapta) bulunan süreyi rücu kaydıyla koyabilir¹³³. Bu durumda, rücu hakkı kullanılmadığı sürece öneri (icap), öneride bulunanı bağlar. Süreli öneride, öneriyle bağlılık, muhatabın öneriyi kabul etmesi veya reddetmesine ya da öneriden (icaptan) Türk Borçlar Kanununun 10 uncu maddesine (BK m.10) göre dönmesine kadar devam eder.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre verilen teklifler hazır olmayanlar arasında süreli öneri niteliğindedir ve öneri için belli bir şekil öngörülmüştür. Bunun sonucunda teklif veren istekli, öneriye davetten sonra satın aldığı ihale dokümanına uygun olarak önerisini oluşturmak zorundadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelerde önerinin idareye ulaşması için bir süre öngörülmüştür (KİK m. 30 f. 3). Bu sürenin bitimine ihale tarihi denir. Teklif sahibi öneriye davete uygun olarak oluşturduğu teklifini ihale tarihine kadar idareye vermediği takdirde öneri hukukî sonuçlarını doğurmaz. Önerinin ulaşmasının süreye bağlandığı anılan Kanun hükmüne göre, bu sürenin tespiti idareye bırakılmıştır. Bu nedenle öneriye davete uygun olmayan teklif öneri değil, olsa olsa yeni bir öneriye davet olarak değerlendirilebilir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununu 21'inci maddesinin (e) bendine göre yapılan ihaleler dışında isteklilerin öneriye davette bulunmalarını öngörülmemiştir.

Kamu İhalelerinde idareye verilen öneri süreli öneridir ve idarece süresi içerisinde kabul edilmesi gerekir. Kabulün, teklif geçerlilik süresi içinde gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması durumunda, idare, önerinin bağlanma süresini başlangıçtaki süre kadar uzattırabilir.

¹³³ Eren, a.g.e., s. 254.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, istekliler tarafından verilen tekliflerin değerlendirilmesinde emredici şekil kuralları öngörmüştür. Bu kuralların öngörülmesinde kamu ihalelerinin ekonomik ve sosyal önemi ile ihale kavramının toplumdaki olumsuz algısının önlenmesi amacı yatmaktadır¹³⁴.

Tekliflerin idareye, ihale dokümanında belirtilen tarih ve saate kadar verilebileceğini veya bu tarihte idareye ulaşması kaydıyla posta yoluyla gönderilebileceğini yukarıda belirtmiştik. İhale dokümanında belirtilen tarih ve saate idareye verilen teklifler ihale komisyonuna iletilir. İhale komisyonu tarafından gelen teklifler zarftan başlanarak incelenir. İsteklilerin tekliflerinin konulduğu zarfın yasal unsurları bulunmadığı takdirde, açılmayarak teklif değerlendirme dışı bırakılır (KİK m. 36 f.1). Bu durumda öneri yapılmış olmaz.

Zarfları uygun olan isteklilerin teklifleri, hazır bulunanlar önünde alınış sırasına göre açılır ve teklif mektubu ve geçici teminatın usulüne uygun olup olmadığı açıklanır. Yeterlikle ilgili diğer istenilen belgelerin olup olmadığı kontrol edilir ve tutanağa geçirilir¹³⁵. Bu aşamada en az beş kişiden oluşan ihale komisyonunun mutlaka toplanmış olması gerekir. Asıl üyenin bulunmadığı durumlarda o üyenin yedeği ihale komisyonuna dahil olur. İhale saatinde ihale komisyonunun toplanamaması durumunda o ihale baştan sakat olur. İhale tarihinde isteklilerin fiyatlarının yer aldığı tutanakla, belgelerin kontrol edildiği tutanağın bir örneğinin hazır bulunan isteklilere verilmesi gerekir (YİİUY m. 57 f. 3). Bu ilk aşamada uygun olmayan zarflar dışında hiçbir teklifin değerlendirme dışı kalıp kalmadığına karar verilmez¹³⁶.

Tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin ikinci aşamada öncelikle birinci aşamada yeterlik belgeleri eksik olan isteklilerin teklifleri ile teklif mektubu ve

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. R. Bülent Tarhan/Ömer Faruk Gençkaya/Ergin Ergül/Kemal Özsemerci/Hakan Özbaran, **Bir Olgu Olarak Yolsuzluk: Nedenler, Etkiler ve Çözüm Önerileri**, www.tedmer.org.tr, E.T. 29.04.2012.

¹³⁵ KİK m.36 f.2' de açıklık ilkesinin sağlanması için bu aşamanın hazır olan istekliler önünde gerçekleşmesi gerektiğini düzenlemiştir.

¹³⁶ KİK m. 36 f. 2'de açık oturum aşamasında tekliflerin ayrıntılı olarak değerlendirilmesinden önce bu kararın verilmemesi gerektiği düzenlemiştir.

geçici teminatı usulüne uygun olmayan isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır. Ancak teklifin esasını değiştirmeyecek nitelikte verilen belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde bu bilgiler istekliye süre verilerek tamamlatılır. Verilen sürede istekliler tarafından bilgi eksikliklerinin tamamlanamaması durumunda, bu isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir (KİK m. 36 f. 2). Üçüncü aşamada, belgeleri tamam olan isteklilerin tekliflerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı kontrol edilir. Aritmetik hata, birim fiyatlı işlerde söz konusu olur. Teklif mektubunun eki olan birim fiyat teklif cetvelindeki çarpım ve toplamlardaki hatalar aritmetik hata olarak adlandırılır (KİK m. 36 f. 2). Ancak çarpımlardaki veya toplamlardaki virgülden sonraki ikinci basamaktaki yuvarlamadan kaynaklanan hatalar aritmetik hata olarak değerlendirilemez¹³⁷. Aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır.

İhale komisyonu tarafından, idarece hesaplanan yaklaşık maliyet ve diğer isteklilerin tekliflerine göre aşırı düşük olan isteklilerin teklifleri ile ilgili aşırı düşük teklif sorgulaması yapılır¹³⁸. Bu sorgulamada teklifin oluşturulmasının piyasa şartlarında mümkün olup olmadığı kontrol edilir. İdareye verdiği teklifi aşırı düşük olarak belirlenen istekliler, teklifleri ile ilgili olarak Kamu İhale Genel Tebliğine uygun ve belgelere dayalı olarak açıklama yaparlar. Açıklamaları verilen teklifle tutarsız olan veya teklifiyle ilgili açıklamaları belgelendirilemeyen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır¹³⁹.

İhale komisyonu son aşamada, ihale dokümanında yer verdiği en düşük fiyat esasını ya da fiyat dışı unsurlar belirlenmişse bu kriterleri dikkate

¹³⁷ 2011/UM.III-1472 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararı, www.kik.gov.tr, ET. 08.07.2012.

¹³⁸ İdare tarafından sorgulama yapılmaksızın sırf teklifin düşük olduğu gerekçesiyle isteklinin değerlendirme dışı bırakılamayacağına ilişkin Case 76/81, S.A. Transporoute v Minister of Public Works, 10th Feb 1982, Sue Arrowsmith, **A Guide to the Procurement Cases of the Court of Justice**, Earlsgate Press, 1992, s.265. Bkz. Grith Skovgaard Olykke, **Abnormally Low Tenders with an Emphasis on Public Tenderers**, Djof Publishing, 2010, s.187.

¹³⁹ Aşırı düşük tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin olarak KİK m. 38'de genel bir düzenleme getirmektedir. Ayrıntılı düzenleme KİGT'te yer almaktadır.

olarak, idare için ekonomik açıdan en avantajlı fiyatı belirler. Alternatif olarak, idare için ekonomik açıdan avantajlı teklif yoksa ihalenin iptal edilmesine karar verilebilir. İhale komisyonunun görevi ihale saatinde başlar ve ihale komisyon kararının verilmesiyle ya da ihalenin iptaline karar verilmesiyle sona erer.

İhale komisyonu tekliflerin değerlendirilmesinde hakem görevini yerine getirir. İdarece hazırlanan ihale dokümanına uygun teklifi seçer ve ihale yetkilisinin onayına gönderir.

C. Kesinleşen İhale Kararı ve Hukukî Niteliği

Kesinleşen ihale kararının bildirilmesi, idareye verilen tekliflerin değerlendirilmesinden sonra, idarece isteklilere yapılan ilk irade açıklamasıdır. Bu irade beyanı, içerik olarak ihalenin kimin üzerinde bırakıldığını ve eğer istekli değerlendirme dışı bırakılmışsa bunun gerekçelerini içerir. Bu beyanda idarenin sözleşme imzalayacağına dair irade beyanı yer almamaktadır. İhale sürecinin kesinleşen ihale kararının bildirilmesinden sonra da devam ettiği dikkate alındığında, bu beyanın kabul anlamına gelmediği söylenebilir.

Kesinleşen ihale kararının ihaleye teklif veren isteklilere tebliğinden itibaren, Kamu İhale Kanununun Pazarlık 21 (b) ve (c) usulüne göre (KİK m. 21) yapılan ihalelerde beş gün, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü veya pazarlık usulünün diğer hallerinde on gün geçmeden kamu ihale sözleşmesi imzalanamaz¹⁴⁰. Burada öngörülen süreler idarî bir denetim yolu olan şikayet ve itirazın şikayet hakkının kullanılması için öngörülen süredir¹⁴¹. İstekliler açısından bu süre hak düşürücü süredir. Bu sürenin bitiminden itibaren istekliler şikayet ve itirazın şikayet yoluna başvurma

¹⁴⁰ Buna ilişkin olarak KİK m. 41 f. 3'te, "İhale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren; 21 inci maddenin (b) ve (c) benlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün geçmedikçe sözleşme imzalanamaz." hükmüne yer verilmiştir.

¹⁴¹ Serdar Bastık, "Kamu İhalelerinde İdari Başvurular", www.tcmb.gov.tr, E.T. 23.02.2012.

hakkını kaybedeceği gibi, idarî yargı yerlerine başvurma hakkını da kaybeder¹⁴². Çünkü şikayet ve itirazın şikayet, özel usule tabi ve idarî yargıya başvurmadan önce gidilmesi zorunlu bir başvuru yoludur. Şikayet ve itirazın şikayet hakkının kullanılmaması veya süresinde kullanılmaması idarî yargıya başvurma hakkına engel olur (KİK m. 54 f. 2).

Kesinleşen ihale kararının bildirilmesi 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 65 inci maddesinde sayılan tebligat esaslarına tabidir. Gerçekten anılan Kanunda tebligat konusunda 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerinden farklı düzenlemelere yer verilmiştir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun belirlediği tebligat dört şekilde yapılır:

- (i) İmza karşılığı elden tebliğ,
- (ii) İadeli taahhütlü mektupla tebliğ,
- (iii) Elektronik ortamda tebliğ,
- (iv) Faksla tebliğ.

İmza karşılığı tebliğ ve iadeli taahhütlü mektupla tebliğ 7201 sayılı Tebligat Kanununda yer alan tebliğ şekilleri olmakla birlikte, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre iadeli taahhütlü mektupla tebligatta mektubun postaya verildiği tarihten itibaren yedinci gün muhataba ulaşmış sayılır. Eğer iadeli taahhütlü mektup daha erken ulaşmışsa, bu tarih tebliğ tarihi sayılır¹⁴³. Yabancı isteklilere yapılan tebligatta bu süre on dokuz gündür¹⁴⁴.

¹⁴² KİK m. 54 f. 2'de "Şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idarî başvuru yollarıdır." hükmü ile bu husus vurgulanmıştır.

¹⁴³ KİK m.65 f.1(a) bendi "İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. Tebligatın bu tarihten önce muhataba ulaşması halinde ise fiili tebliğ tarihi esas alınır." hükmünü taşımaktadır.

¹⁴⁴ KİK m.65 f.1 (a) bendi son cümlede, "İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yabancı isteklilerde ise ondokuzuncu gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. " hükmüne yer vererek yabancı isteklilere bir pozitif ayrımcılık yapılmıştır. Bu hüküm yurtdışına yapılacak tebligatlar dikkate alınarak yeniden düzenlenmelidir.

İsteklilere elektronik ortamda ve faksla yapılacak tebligatın ön şartı isteklinin bu yolla yapılacak tebligatı kabul etmesidir¹⁴⁵. Elektronik ortamda ve faksla yapılan tebligatta gönderim tarihi tebliğ tarihi sayılır¹⁴⁶.

D. Sözleşmeye Davet ve Hukukî Niteliği

İhale sürecinde, kesinleşen ihale kararının bildirilmesi aşamasını takip eden aşama sözleşmeye davet aşamasıdır. Kesinleşen ihale kararının bildirilmesinin ardından şikayet ve itirazın şikayet sürelerinin bitiminden itibaren ve ön malî kontrolün¹⁴⁷ tamamlandığı tarihi izleyen üç gün içerisinde ihale üzerinde bırakılan istekli kamu ihale sözleşmesini imzalamaya davet edilir.

Sözleşmeye davet yazısının içeriğinde, idare tarafından ihale üzerinde bırakılan istekliden, ihale tarihi itibarıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 10 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerinde belirtilen ve ihaleye teklif vermeye engel durumların bulunmadığını gösteren belgeleri getirmesi istenir. Burada ihale üzerinde bırakılan istekliye on gün süre verilir. Sözleşmeye davet yazısı, idarenin isteklinin teklifini kabul ettiği iradesini taşısa da henüz sözleşmenin imzalanacağı hususu kesin değildir. İhale üzerinde kalan istekli sözleşmeden önce başka bir idare tarafından ihalelere katılmaktan yasaklanırsa veya ihaleye katılma engellerinden birinin varlığı anlaşılırsa, idare sözleşme imzalamaz¹⁴⁸. Dolayısıyla kabul beyanının en temel özelliği olan, beyanın ulaşmasıyla sözleşmenin kurulmasının burada mümkün olmadığı görülmektedir.

¹⁴⁵ YİİUY m. 7 f.1, isteklinin kabulünün EKAP üzerinden dokümanın indirilmesi ve teklif aşamasında aranmasını öngörmüştür.

¹⁴⁶ KİK m. 65 f.1 (b) bendi, “İdareler veya Kurum tarafından elektronik ortamda veya faks ile yapılan tebligatlar ile çerçeve anlaşmaya dahil olan istekliler tarafından elektronik ortamda sunulan fiyat tekliflerinin aynı gün teyit edilmesi zorunludur. Elektronik ortamda veya faks ile yapılan bildirimlerde bildirim tarihi tebliğ tarihi sayılır.” hükmünü haizdir.

¹⁴⁷ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 58’inci maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁴⁸ KİK m. 41 f. 3, “İhale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren; 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün geçmedikçe sözleşme imzalanamaz.” hükmü bu hususu düzenlemektedir.

E. Kamu İhale Sözleşmesinin Şekli

1. Genel Olarak

İrade serbestisi ilkesinin (TBK m. 26) bir sonucu olarak sözleşmenin meydana gelmesi için, kural olarak herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır (TBK m. 12)¹⁴⁹. Gerçekten de, TBK'nın 12 nci maddesinin birinci fıkrasına göre “Sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir.” Buna göre, kanun koyucunun özel olarak şekle tabi tutulmasını öngördüğü haller dışında sözleşmenin geçerli olarak kurulması için şekle uyulması gerekmez. Bununla birlikte kanun koyucu bazı hallerde öneri veya kabulün ya da her iki irade beyanının belirli vasıtalarla açıklanmasını şart koşabilir. Bu durumda bu şartlara uyulmadıkça geçerli bir sözleşme meydana gelmez. Doktrinde buna şekil mecburiyeti adı verilir¹⁵⁰. Bu beyan kağıt üzerine yazıyla açıklanmak suretiyle olabilir. Aynı şekilde irade açıklaması 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununa uygun şekilde sanal ortamda da oluşturulabilir¹⁵¹. Görüldüğü gibi bu anlamda iradenin açıklandığı ortamın bir önemi bulunmamaktadır. EKAP üzerinden yapılan ihalelerde irade açıklamaları internet platformu üzerinden yapılmaktadır. Bu durum göz önüne alındığında, sözleşmenin oluşması için mesafenin¹⁵² veya yazılı kağıdın şekil şartının gerçekleşmesine engel olmadığı görülebilir.

İdari işlemleri, idarî eylemlerden ayıran en önemli özellik yazılı olmalarıdır. Bu husus, kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasından önce yapılan ve zincir işlem¹⁵³ niteliğinde olan ihale işlemlerinin yazılı olmasını gerektirmektedir. Gerçekten de, kamu ihale sözleşmeleri, kanunen yazılı

¹⁴⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 267, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 147, **a.g.e.**, Kılıçoğlu, s.103, Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 42.

¹⁵⁰ Eren, **a.g.e.**, s.267.

¹⁵¹ 23.01.2004 tarihli ve 25355 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

¹⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Bozbel, “**Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler**”, www.hukuk.erzincan.edu.tr, 16.11.2011, Mehmet Demir, **Mesafeli Sözleşmenin İnternet Üzerinden Kurulması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.

¹⁵³ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 515.

sözleşmelerdir. Çünkü, kanun koyucu bu sözleşmelerin yazılı olarak yapılmasını öngörmüştür. Burada kanunî bir şekil söz konusudur (KİK m. 46).

Kamu ihale sözleşmelerinin kurulmasında yazılı şeklin önemi, idarenin kabul beyanını yansıtmaması bakımından da ortaya çıkmaktadır. İdarenin kabul beyanı sözleşmenin imzalanması anında ortaya çıkar. Dolayısıyla kamu ihale sözleşmelerinin öngörülen şekle uygun olarak yapılması, sözleşmenin kurulması bakımından son derece önemlidir.

Kamu ihale sözleşmeleri, Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan Uygulama Yönetmeliklerinin ekinde yer alan tip sözleşme taslakları esas alınarak idare tarafından hazırlanır. Tip sözleşme taslaklarının, zorunlu unsurları Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenmiştir. Tip sözleşmeler idarenin ihtiyaçları doğrultusunda değiştirilebilen, idarî bir işlemdir.

Tip sözleşmeye aykırılık, idare hukuku açısından hukuka aykırılık teşkil eder. Tip sözleşmelerin, ihale dokümanı satın alan tüm istekli olabileceklere verilmesi gerekir. Zira, ihale dokümanının bir parçası olan tip sözleşmeler, istekli olabileceklerin tekliflerini hazırlarken dikkate aldıkları en önemli belgedir.

İdare tarafından satın alınacak mal, hizmet veya yaptırılacak yapım işlerinin teslim şartları ve bedelin ödenmesine ilişkin hususlar ile sözleşme hükümlerinin yaptırımı burada yer alır. Sözleşmenin imzalanmasından sonra müteahhide verilecek avanslar ¹⁵⁴ ile fiyat farkı ¹⁵⁵ hesaplanıp hesaplanmayacağı, hesaplanacaksa, esas alınacak kriterler tip sözleşme taslaklarında yer alır. Bu sebeple, teklifin malî boyutunun hesaplanmasında göz önünde bulundurulması gerekir.

Kamu ihale sözleşmeleri tek metinden meydana gelen sözleşmeler değildir. Diğer taraftan, istekli olabileceklere ihale dokümanı kapsamında

¹⁵⁴ Mustafa Kemer, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında Yapım İşleri, Ankara, Sözkesen Matbaası, 2004, s. 140.

¹⁵⁵ Kemer, a.g.e., s. 83 vd.

verilen her belge aynı zamanda kamu ihale sözleşmesinin bir parçasıdır. Bu sebeple, kamu ihale sözleşmesini oluşturan belgeler tip sözleşmelerin 8 inci maddesinde belirlenmiştir. Buna göre kamu ihale sözleşmelerinin eklerini;

- (i) Genel Şartname,
- (ii) İdari Şartname,
- (iii) Sözleşme,
- (iv) Yapım işlerinde uygulama projesi,
- (v) Yapım işleri ihalelerinde mahal listesi,
- (vi) Teknik şartname,
- (vii) Açıklamalar (varsa),
- (viii) İdarece hazırlanan diğer belgeler,

şeklinde sıralamak mümkündür. Yukarıdaki sıralamanın önemli bir özelliği de, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ve ihale dokümanını oluşturan belgeler arasında çelişki olması durumunda, hangi belgede yer alan düzenlemenin öncelikli olduğunu göstermesidir¹⁵⁶. Bu husus, sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde de geçerlidir.

Kamu ihale sözleşmelerinin notere onaylatılması zorunlu değildir. Ancak idareler ihale dokümanına, kamu ihale sözleşmesinin notere tasdik ettirilmesi zorunluluğu getirebilir. Bu durumda kamu ihale sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için sözleşmenin noter tarafından tasdiki gerekir. Yalnız burada dikkat edilecek önemli bir husus ta, kamu ihale sözleşmeleri noterlerin düzenleme şeklinde yaptığı bir sözleşme olmayıp, onaylama şeklinde katıldığı bir işlemdir. Noter burada tarih ve tarafların imzasının huzurunda atıldığını tasdik eder (Noterlik Kanunu m. 90-93).

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ilk yürürlüğe girdiği dönemde tüm sözleşmelerin noterde yapılması öngörülmüştü. Ancak 4964 sayılı Kanunla 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 46 ncı maddesinde yapılan değişiklikle

¹⁵⁶ Meselâ; idarî şartnamede yer alan bir hükümlerle teknik şartnamede yer alan bir hüküm çeliştiğinde daha üst sırada olan idarî şartnamedeki hüküm esas alınır.

bu husus idarelerin takdirine bırakılmıştır. Ancak bu takdir yetkisinin ihaleye çıkılmadan önce ihale dokümanında kullanılması gerekir. Yoksa ihale dokümanında kamu ihale sözleşmesinin noter tarafından tasdikinin öngörülmediği durumlarda, ihaleden sonra ihale üzerinde bırakılan istekliyi noter tasdikine zorunlu tutmanın imkânı bulunmamaktadır. Bu husus teklif hazırlanması aşamasında isteklinin öngörmediği bir maliyetin istekliye yüklenmesi anlamına gelir. Böyle bir mecburiyet ise sözleşmedeki dengeyi bozar. Sözleşmenin dengesinin idare tarafından bozulması 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda 4 üncü maddesinde yer alan “eşitlik” ilkesine aykırılık teşkil eder.

İhale aşamasında ihale dokümanında yer verilmeyen hiçbir hususa daha sonra kamu ihale sözleşmesinde yer verilemez¹⁵⁷.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale dokümanına aykırı hükümler içeren kamu ihale sözleşmesi düzenlenemez. Gerçekten de, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun son fıkrasının emredici nitelikte olduğunu söyleyebiliriz. Emredici hukuk kurallarına aykırılığın sonuçları Türk Borçlar Kanununun 27 nci (BK m.19 vd.) maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁵⁷ Meselâ, ihale aşamasında isteklinin teklifi 10.000.000TL olmasına rağmen, idare sözleşmeyi 100.000.000TL üzerinden akdederse, sözleşme 10.000.000TL üzerinden mi kurulur yoksa şekle aykırılık dolayısıyla hiç kurulmaz mı? Sözleşmenin kurulması ile kurulmaması arasındaki hüküm ve sonuçların farklılığı yukarıda izah edilmişti. Burada değişik ihtimaller üzerinden konunun tartışılmasında fayda bulunmaktadır. Birinci ihtimalde, kamu ihale sözleşmesinin asli unsuru olan bedel irade beyanına uygun değildir. Dolayısıyla irade beyanları uyumadığından sözleşme kurulmamıştır. İdare tarafından bu sözleşmeye dayalı olarak yapılan ödemeler ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre karşı taraftan istenilebilir. Burada en büyük sorun sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerde zamanaşımı süresinin kısa olmasıdır. Kamu yatırımlarının süresinin uzunluğunu dikkate alındığında ödemedir itibaren hesaplanacak zamanaşımı süresi oldukça kısa olacaktır. İkinci ihtimalde, isteklinin teklifi üzerine idare iradesini beyan etmiş ve sözleşme kurulmuştur. Ancak sözleşme 100.000.000TL üzerinden değil, isteklinin teklif mektubunda yer alan 10.000.000TL üzerinden kurulmuştur. Dolayısıyla idare tarafından yapılan ödemeler sözleşme kapsamında yapılmıştır ve taleplerinde sözleşmeye ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu iki ihtimalin değerlendirilmesinde sözleşmelerde şeklin neleri kapsaması gerektiği konusu önem taşımaktadır. Şekle tabi sözleşmelerde kural sözleşmenin bütün asli unsurlarının şekil içerisinde bulunması gerekir. Asli ve tali bütün kurucu unsurların yer almadığı sözleşme şekli hukuken sözleşmenin geçerlik şartlarını içermez. Öte yandan kamu ihale sözleşmelerinde idarenin kabul beyanının yazılı şekil üzerinde beyan edildiği dikkate alındığında isteklinin önerisini karşılamayan beyanı kabul olarak nitelendirmek olanaksızdır. İstekli tarafından teklifinden daha yüksek bedel içeren idarenin beyanı ancak yeni bir icap olur ki bu da 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre olanaksızdır. Yeni bir öneri veya öneriye davet ancak yeni bir ihaleyle olabilir.

2. Kamu İhale Sözleşmelerinde Şekle Aykırılığın Hüküm ve Sonuçları

Genel olarak sözleşmelerde şekle aykırılığın sonucu kesin hükümsüzlüktür (TBK m. 27). Kesin hükümsüzlük (butlan), hâkim tarafından re'sen dikkate alınır, taraflardan her biri her aşamada sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilir¹⁵⁸. Meğer ki tarafların geçersizliği ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olsun¹⁵⁹. Hükümsüz olan sözleşmelerden doğan talepler ise ancak sebepsiz zenginleşme kurallarına göre (TBK m.77-82) talep edilebilir¹⁶⁰.

Sözleşmenin kurulmadığı dönemi kapsayan zararların tazmininde ise idare “sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk” (culpa in contrahendo) hükümlerine göre talepte bulunabilir¹⁶¹. İstekli ise idarenin hizmet kusuruna

¹⁵⁸ Eren, **a.g.e.**, s.289 vd., Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.162, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 136.

¹⁵⁹ Eren, **a.g.e.**, s.291, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.164, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 144.

¹⁶⁰ Eren, **a.g.e.**, s.290, Andrew Burrows, **The Law of Restitution**, Second Edition, Butterworths Publishing, 2002, s.168. Ross B Grantham /Charles E.F. Rickett, **Enrichment and Restitution in New Zealand**, Hart Publishing, 2000, s. 67-179.

¹⁶¹ Buz, **a.g.e.**, s. 203., Culpa in contrahendo sorumluluğu için bkz. Huriye Reyhan Demircioğlu, **Güven Esasına Göre Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk-Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009., Süleyman Yalman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006., Ümit Gezder, **Türk-İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta Yargıtay kamu ihale sözleşmesinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olup olmamasına göre bir ayırım yapmaktadır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 11.02.2013 tarihli ve E:2012/2325, K:2013/894 sayılı Kararında; “Davacı tarafından yapılan ihale “ihtiyari ihale” niteliğinde olup, davacı 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmesi Kanunu hükümlerine tâbi değildir. Kural olarak, ihtiyari ihalede ihaleden dönülmesi ve yazılı sözleşme yapılmaması sebebi ile “olumlu” zarar istenemez. Ancak, davalının kusurlu tutum ve davranışları yahut işlemleri sonucu yanlar arasında sözleşme kurulamamışsa, kurulmasına güvenilen sözleşmenin kurulamaması yüzünden uğradığı menfi zararı davacı davalıdan isteyebilir. Çünkü, iş sahibi davacının, davalı yükleniciye karşı gösterdiği güven, olumsuz zararın kaynağını teşkil etmektedir. Somut olayda ise; davalı şirket temsilcisi, 16.05.2006 tarihli dilekçesi ile ihalesi yapılan işin tüm ihale dökümanını oluşturan belgelerin okunarak incelendiğini ve herhangi bir ayırım ve sınırlama yapmadan bütün koşulları ile ihale dökümanını kabul ettiğini bildirmiştir. İhale dökümanı eki sayılan İdari Şartnamenin 9. maddesinde ihale dışı bırakılma nedenleri gösterilmiş, Türkiye'deki mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olanın ihale dışı bırakılacağı, Şartnamenin 9/c bendi hükmünde açıklanmıştır. Davalı şirketin de, idari şartnamenin belirtilen hükmüne göre ihaleye katılamayacağını bildiği halde, ihaleye katılmış olması, davacı tarafından sözleşme yapılmamasının haklı nedenidir. İdari Şartnamenin 33. maddesi gereğince de, ihale üzerinde kalan istekli Şartnamenin 9. maddesinde öngörülen zorunluluklara uymadığı takdirde, davacı, ihale yönetmeliğinde belirtilen usullerinden herhangi birine göre ihale ederek başka bir istekliye ihale edebilir. Bu durumda doğacak fiyat farkını davalı yükleniciden isteyebilir. Şartnamenin bu hükmüne göre istenebilecek fiyat farkı “olumlu” zarardır. Ancak, haklı sebeple davalı şirketle sözleşme yapmayan davacı ilk ihaleden itibaren makul süre içinde ihale dökümanındaki koşullarla işi

dayanarak idare mahkemelerinde talebini ileri sürebilir. Kamu ihale sözleşmesinin kurulması, işleme veya eyleme uygulanacak hukuk rejimini de belirlemektedir. Sözleşmenin geçersizliği halinde özel hukuk alanında uyuşmazlıklar çözümlenirken, sözleşmenin kurulmadığı durumlarda idarî yargı alanında uyuşmazlıklar çözümlenmektedir.

F. Kamu İhale Sözleşmesinin Kurulduğu An ve Sona Ermedeki Önemi

Genel olarak sözleşmenin meydana gelme zamanını açıklayan çeşitli teoriler bulunmaktadır. Bunlar, açıklama teorisi, gönderme teorisi, varma teorisi ve öğrenme teorisidir¹⁶².

Açıklama teorisine göre, karşı taraf yani önerinin yöneltildiği kişi kabul beyanını açıklamakla sözleşme meydana gelir. Sözleşmenin kurulabilmesi için kabul beyanının, öneride bulunana gönderilmesi gerekmez¹⁶³.

Gönderme teorisine göre, karşı tarafın kabul beyanını öneride bulunana gönderdiği, yani kabul beyanının kabul edenin hakimiyet alanından çıktığı anda sözleşme kurulmuş olur¹⁶⁴.

Varma ya da ulaşma teorisine göre, sözleşmenin meydana gelebilmesi için, kabul beyanının öneride bulunanın hakimiyet alanına ulaşması yeterlidir¹⁶⁵.

Öğrenme teorisinde ise, sözleşmenin kurulabilmesi için öneride bulunanın kabul beyanını öğrenmesi gerekir¹⁶⁶.

yaptırması durumunda iki bedel arasındaki farkı davalıdan talep edebilir. Buna göre, davacının isteyebileceği maddi zarardan "ceza koşulu" niteliğinde olmayan ve davacı tarafından gelir kaydedilen geçici teminatın da mahsubu yapılarak maddi zararın denkleştirilmesi zorunludur." hususlarına yer verilmiştir. (Yayımlanmamış Karar).

¹⁶² Eren, **a.g.e.**, s.261, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁶³ Eren, **a.g.e.**, s.261, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.45, O'Sullivan/Hilliard, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁶⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 261.

¹⁶⁵ Eren, **a.g.e.**, s.261, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁶⁶ Eren, **a.g.e.**, s.261, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 45.

Türk Borçlar Kanununda sözleşmenin kurulma zamanı konusunda, sözleşmenin hazır olanlar arasında mı yoksa hazır olmayanlar arasında mı yapıldığını dikkate alarak ayırım yapılmıştır¹⁶⁷. Hazır olanlar arasında yapılan öneriye (icaba), derhal kabul beyanında bulunulması öngörüldüğü için, öneri (icap) beyanından sonra, muhatap tarafından kabul beyanında bulunulmasıyla sözleşme kurulmuş olur¹⁶⁸. Hazır olanlar arasında öneri söz konusu olduğunda Türk Borçlar Kanununun açıklama teorisini kabul ettiğini söylemek mümkündür¹⁶⁹. Buna karşılık, hazır olmayanlar arasında, sözleşmenin kurulması konusunda Türk Borçlar Kanununun varma teorisini kabul ettiği ileri sürülmektedir¹⁷⁰. Dolayısıyla, kabul beyanı öneride bulunanın hakimiyet alanına ulaştığı anda sözleşme kurulmuş olur¹⁷¹.

Hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmede, Türk Borçlar Kanunu sözleşmenin kurulma zamanı ile, hükümlerini meydana getirme zamanını birbirinden ayırmıştır¹⁷². Gerçekten de, hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulmasında varma teorisi kabul edilmişken, sözleşmenin hükümlerini meydana getirmesinde gönderme teorisi kabul edilmiştir. Bu sebeple, hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulması için kabul beyanının öneride bulunanın hâkimiyet alanına ulaşması yeterlidir. Sözleşmenin hükümleri daha geriden, kabul beyanının gönderildiği andan itibaren doğmaya başlar¹⁷³.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelerde, hazır olmayanlar arasında öneri ve kabul söz konusudur. İdare ise iradesini üç aşamada beyan etmektedir. Bunlardan birincisi kesinleşen ihale kararının bildirilmesi, ikincisi ihale üzerinde kalan istekliyi sözleşme imzalamaya davet yazısı, üçüncüsü ise sözleşmenin imzalanması aşamasıdır. Birinci ve ikinci

¹⁶⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 261.

¹⁶⁸ George Applebey, **Contract Law**, Published by Sweet and Maxwell, 2001, s.57.

¹⁶⁹ Eren, **a.g.e.**, s.262, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.45, Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 34.

¹⁷⁰ Eren, **a.g.e.**, s.263, Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 34.

¹⁷¹ Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 34.

¹⁷² Eren, **a.g.e.**, s.262 vd., Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.35, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.45, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 78.

¹⁷³ Eren, **a.g.e.**, s.263, Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.35, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.45, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 79.

aşamalarda açıklanan irade beyanının kabul anlamına gelmeyeceği yukarıda açıklanmıştı. Nitekim bu hususa ilişkin bir Kamu İhale Kurulu Kararında¹⁷⁴:

“... sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilecek şekilde teşekkülü için, öngörülen şekil kurallarına uygun olarak imzalanması gerekir.” değerlendirmesi yapılmıştır.

Kanaatimizce, kamu ihale sözleşmesinin kurulması, yazılı şekil şartı veya idare tarafından öngörülmüşse kanunî şekil şartının yerine getirildiği anda kurulmuş olur. Dolayısıyla, bu şart yerine gelmeden kamu ihale sözleşmesi meydana gelmiş sayılamaz. Diğer taraftan, kesinleşen ihale kararının bildirilmesi ve sözleşme imzalamaya davet yazısı, ihalenin kimin üzerinde kaldığını göstermekte, aynı zamanda idarenin sözleşme imzalama iradesini de ortaya koymakta, ancak kamu ihale sözleşmesinin imzalanacağına dair bir garantiyi içermemektedir.

Kamu ihale sözleşmesi imzalanıncaya kadar, ihale üzerinde bırakılan isteklinin kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanması, ihale tarihi itibarıyla Sosyal Güvenlik Kurumu prim borcu olduğunun ortaya çıkması veya şirketi temsil ve imzalama yetkili kimselerin bir meslek veya sanatı yapmaktan men cezası olması durumunda idare bu istekli ile sözleşme imzalayamaz. Bu durumda idare, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi ile sözleşme imzalayabilir.

Kesinleşen ihale kararının tebliğinden sonra yapılacak şikâyet ve itirazın şikâyet durumunda, idare veya Kamu İhale Kurulu tarafından ihale kararı düzeltilebilir veya ihale iptal edilebilir. Dolayısıyla bu aşamalarda sözleşmenin meydana gelmesini sağlayacak nitelikte idarenin kabul iradesi bulunmamaktadır. Aksi düşünce kabulün kurucu yenilik doğurucu etkisi ile bağdaşmaz.

Kamu ihale sözleşmesinin imzalanması süreci ve aşamaları dikkate alındığında sözleşmenin imzalanması anında oluştuğunu ileri sürmek

¹⁷⁴ 2004/UK.Z-837, www.kik.gov.tr, E.T. 21.10.2011.

mümkündür. Daha önce kamu ihale sözleşmesinin meydana geldiğini ileri sürmek, Kamu İhale Kanununun 45 inci maddesi karşısında mümkün bulunmamaktadır. Bu hükme göre, idare kendisinden beklenen sözleşme yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, ihale üzerinde bırakılan istekli 10 gün süreli bir noter ihbarnamesi çekerek taahhüdünden vazgeçebilir. Burada şekil kurucu unsur olmamakla birlikte, kamu ihale sözleşmesinin geçerlilik şartıdır¹⁷⁵.

Ş 3. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE FESİH KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

I. FESİH

Sürekli edim yükümü doğuran sözleşmelerde, sözleşme ilişkisini sona erdirilme yollarından biri fesihdir¹⁷⁶. Fesih, sözleşme ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır¹⁷⁷. Fesih ve dönme kavramları Türk hukukunda teknik anlamda değil, gelişmiş güzel kullanılmaktadır. Gerçekten de, kanun koyucu, fesih kavramını rahatlıkla dönme kavramı yerine kullanmaktadır. Uygulayıcılar da kavram karışıklığı içinde kaybolup gitmektedir. Aynı kavram karışıklığı 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda da görülmektedir. Nitekim anılan Kanunun 3 üncü bölümünün başlığı “Sözleşmede değişiklik, sözleşmenin devri ve feshi” başlığını taşımaktadır. Burada sözleşmeden dönülmeye ilişkin herhangi bir ayırımda ortaya konulmamıştır.

¹⁷⁵ Aksi görüşte olan Buz’a göre sözleşmeye davet yazısı idarenin kabul beyanını oluşturur. (Buz, **a.g.e.**, s. 225). Halbuki sözleşmeye davet yazısında idarenin kamu ihale sözleşmesinin kurulmasına ilişkin iradesi kesin değildir. Bundan dolayı ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin teklifi sözleşme imzalanıncaya kadar geçerliliğini korur. Diğer taraftan Kaplan, idare tarafından aşırı düşük teklif değerlendirmesi sonrası yapılan her bildirim kabul anlamına geldiğini ileri sürer. Kaplan, **a.g.e.**, s. 363.

¹⁷⁶ Eren, s.1259, Oğuzman/Öz, Cilt 1, s.505 vd., Yusuf Uslu, **Yapım İşlerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Hukukî Sonuçları**, Kamu İhale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2006, s.33.

¹⁷⁷ Eren, **a.g.e.**, s.1259, Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s.43, Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, 1989, s. 26, Bilir, **a.g.e.**, s.74.

Kamu ihale sözleşmelerinin büyük bir kısmı ani edim yükü içeren sözleşmelerden oluşur. Sürekli edim yükümü içeren kamu ihale sözleşmeleri genellikle hizmet alımı ihalelerinde söz konusu olur. Bunun dışında mal alımı ve yapımı işleri sonucunda imzalanan kamu ihale sözleşmeleri ani edim yükü içeren sözleşmelerdir. Kanaatimizce yukarıda belirtilen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 3'ncü bölümünün başlığı "Sözleşmede değişiklik yapılması ve sözleşmenin sona ermesi" olarak değiştirilmelidir. Feshin geriye etkili olarak sözleşmeyi sona erdirememesinin sebebi, sürekli sözleşme ilişkisindeki ifa edilen edimlerin geriye dönük olarak çözülmesinin imkânsız olmasıdır. Aynı zamanda böyle bir deneme dürüstlük kurallarıyla da bağdaşmaz.

Fesih kendi içindeki ayırımında, olağan, olağanüstü, süresiz ve sürekli olarak dörde ayrılarak incelenebilir¹⁷⁸.

Olağan fesih, süregelen olgular bütününde sadece tarafın iradesine terk edilmiş yani sadece kişinin iradesine bağlı olan fesihtir¹⁷⁹. Sürekli edim yükümü içeren sözleşme ilişkilerinde olağan fesih sözleşmenin içinde mündemiç olup aksi sözleşmeyle de kararlaştırılmaz¹⁸⁰. Aksine anlaşma TMK m. 23'e aykırılık teşkil eder. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmeyle bağlı kalma süresinin, hakkın kendisinin kullanılmasını imkânsız kılmaması veya olağanüstü güçleştirilmemesi gerekir¹⁸¹. Bu süre hizmet sözleşmelerinde kişinin şahsiyet haklarının korunmasından hareketle 10 yıl olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, sözleşmeyi akdeden zayıf durumdaki tarafın durumunun her bir somut olayda ayrıca incelenmesi gerekir¹⁸².

Kamu ihale sözleşmelerinde fesih, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundaki düzenlemeye göre idare tarafından

¹⁷⁸ Bilir, **a.g.e.**, s. 75.

¹⁷⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1260.

¹⁸⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1259.

¹⁸¹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s.116.

¹⁸² Serozan, **a.g.e.**, s.116 dn.7.

kullanılabilecek bir yetkidir¹⁸³. Ancak Türk Borçlar Kanununun tamamlayıcılığı ilkesinden hareketle, TMK. m. 23 burada da uygulama alanı bulur. İdarenin karşısında, zayıf durumda bulunan yüklenicinin fesih hakkının bulunmadığının ileri sürülmesi TMK m. 23 anlamında savunulamaz.

Olağanüstü fesih, sözleşmedeki tüm olgular bütününde, tarafın iradesine başka “haklı sebepler”in veya “ifa engellerinin” katılması halinde ortaya çıkan fesihtir¹⁸⁴. Bu yetki de niteliği itibari ile sözleşmeyle kaldırılamaz niteliktedir. Kamu ihale sözleşmelerinin bu anlamda diğer sözleşmelerden farklı bir yanı bulunmamakla birlikte ilerde açıklayacağımız mücbir sebep hallerinin varlığı halinde olağanüstü fesih uygulama alanı bulmaktadır. Yine milletler arası bir alımda ticaret rejiminin değişmesi veya kişisel bir edimin ifasında meydana gelen kişisel sakatlık, kamu ihale sözleşmelerinde olağanüstü fesih halini doğuran sebeplerdendir.

Sürelî fesih, fesih hakkına bağımlı bulunan muhataba vardığı anda değil de, bildirim mehili geçtikten sonra hukukî sonuçlarını doğurarak sürekli sözleşme ilişkisini sona erdiren fesihtir¹⁸⁵. Buna karşılık, süresiz fesihte ise, bildirim mehili bulunmayıp, fesih beyanı muhataba ulaştığı anda sürekli sözleşme ilişkisi sona erer. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sürelî fesih öngörülmüştür. Buna göre sürekli edim yükümü içeren bir hizmet alımı sözleşmesinde, yüklenici tarafından taahhüdün ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmemesi veya işi süresi içerisinde bitirilmemesi halinde, idarece en az 10 gün sürelî ve sebepleri açıkça belirtilen ihtarla rağmen sözleşmenin yerine getirilmemesi durumunda, sözleşme bu süre sonunda feshedilmiş olur¹⁸⁶. Öte yandan aynı hükmün (b) bendinde sözleşmenin uygulanması aşamasında, yüklenicinin aynı Kanununun 25 nci maddesinde yer alan yasak fiil veya davranışlarda bulunması üzerinde idare tarafından süresiz fesih hakkı kullanılabilir.

¹⁸³ Bkz. KİSK m.16 vd. maddelerinde idare tarafından kullanılabilecek fesih halleri düzenlenmiştir.

¹⁸⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 1260.

¹⁸⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 1260.

¹⁸⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1260.

Fesih yetkisinin kullanılması bakımından olağan fesih, süreli fesih olarak da kullanılabilir¹⁸⁷. Buna karşılık, olağanüstü fesih, niteliği itibari ile süresiz fesihtir¹⁸⁸. Çünkü haklı engellerin ortaya çıkması veya ifaya engel durumların mevcut olması üzerine, zaten ifa için bir süre verilmesinin ifayı gerçekleştirme kudreti sağlayacağından bahsedilemez.

Kamu ihale sözleşmelerinin çeşitliliği sözleşmenin niteliğine göre sözleşmenin sona erme sebeplerini de farklılaştırmaktadır. Buna göre sürekli edim yükünü içeren kamu ihale sözleşmelerinde fesih müessesesi uygulama alanı bulmaktadır. Fesih müessesesinin uygulamasında, fesih beyanının ulaşmasından önceki edimler sözleşmenin ifası kapsamında değerlendirilirken, fesih beyanının ulaşmasından veya fesih mehilinden sonra sözleşme ilişkisi ileriye etkili olarak sona ermektedir¹⁸⁹. Bozucu yenilik doğuran fesih beyanı karşı tarafa ulaşmakla, onun hâkimiyet alanına girmesiyle hüküm ve sonuçlarını doğurur¹⁹⁰.

Kamu ihale sözleşmelerinde fesih beyanının ulaşmasının pratikte bir anlamı da bulunmaktadır: Yüklenici idareye verdiği adres beyanının da idare tarafından yapılacak tebligatları hangi adreste kabul edeceğini belirtir. Buna göre idaredeki adres beyanını değiştirmeden adresini değiştiren yükleniciye yapılacak fesih beyanı idarede bulunan adrese yapılır.

Konsorsiyumlar veya iş ortaklıklarıyla idare arasında yapılan kamu ihale sözleşmelerinde, fesih beyanının koordinatör ortak veya pilot ortağa

¹⁸⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1260.

¹⁸⁸ Serozan, **a.g.e.**, s. 115.

¹⁸⁹ Serozan, **a.g.e.**, s. 116.

¹⁹⁰ Serozan, **a.g.e.**, s. 510. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 19.01.2012 tarihli ve E:2010/5414, K:2012/178 sayılı Kararında;”İş sahibi tarafından teminat farkının ödenmesi için yükleniciye 22.02.2008 tarihli yazı gönderilmiş ise de bu yazının davalı yükleniciye tebliğ edildiği iş sahibi tarafından kanıtlanmış değildir. Mahkemece sözü edilen yazının 7 gün içinde tebliğ edileceği varsayımı ile ve yazı ile tanınan 10 günlük ödeme süresi de ilave edilerek temerrüdün 11.03.2008 tarihinde gerçekleştiğinin kabulü doğru olmamış, temerrüde esas alınan yazı yükleniciye tebliğ edilemediğinden hüküm altına alınan teminat farkına birleşen davanın açıldığı 10.10.2008 tarihinden itibaren faiz yürütülmek suretiyle ve HUMK'nın 438/VII. maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.” hususlarına yer verilmiştir. (Yayınlanmamış Karar) Buna göre 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yer alan “7 nci gün tebliğ edilmiş sayılma” hali sözleşmenin yürütülmesi aşamasında yapılan tebligatlarda kabul edilmemiştir.

yapılması gerekir. Özel ortaklara yöneltilen fesih beyanı sözleşmeyi sona erdirmez. Özellikle fesih mehillerinde sürenin başlaması için, doğru kişiye beyanın yöneltilmesi şarttır. Yetkisiz kişiye yöneltilecek beyan süreyi başlatmaz.

Feshin ileriye etkili sonuç doğurmasının sonucu, bedelin ödenmesinde kendisini somut olarak gösterir. Kamu ihale sözleşmelerinde ödemeler hakedişler üzerinden yapılır. Özellikle hizmet alımı sözleşmelerinde aylık olarak hakedişler düzenlenmektedir. Bu durum dikkate alındığında (temizlik, hasta yönlendirme vs.), fesih beyanı ulaşmazdan evvel yapılan işler için sözleşmede yazılı bedel üzerinden hakedişler düzenlenerek ödeme yapılır. Bu husus dönme beyanının sonuçlarından en belirgin farkı oluşturmaktadır.

II. İPTAL

İptal, başlangıçta geçerli olarak kurulmuş ve hükümlerini geçerli olarak meydana getiren bir sözleşmenin, iptal hakkı sahibi tarafından geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabilmesini ifade eder¹⁹¹. İptali mümkün olan sözleşmenin, iptal hakkı kullanılmadan önceki hali askıda geçerliliktir. Bu anlamda, iptal edilebilir sözleşme kesin hükümsüz (bâtil) sözleşmeden farklıdır¹⁹².

İptal durumunda, sözleşme iptal hakkının kullanılmasıyla sona erer. Bu hakkın kullanılması tek taraflı bir irade beyanı ile olabileceği gibi, mahkeme kararıyla da olabilir. İptal hakkı bozucu yenilik doğuran bir hak olup, iradenin karşı tarafa ulaşmasıyla sonuçlarını doğurur. Yenilik doğurucu

¹⁹¹ Necip Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, Cilt 1**, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2008, s. 430.

¹⁹² Doktrinde bunun aksini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, iptal edilebilir bir sözleşmede bazı işlemlerin başından itibaren geçersiz bazı işlemlerin ise geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Eren, s. 343 dn. 193'teki yazarlar.

hak olması sebebiyle iptal şartı bağlanamaz, kullanıldıktan sonra geri alınamaz¹⁹³.

İptal hakkının kullanıldığı sözleşmelerin geçerliliği bir şekilde bağlı olsa bile iptal hakkının kullanılması bir şekilde tabi değildir. Yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma da iptal hakkı sahibi tek taraflı yetkisini kullanarak sözleşmeyi sona erdirir.

III. DÖNME

Dönme, ani edimli sözleşme ilişkisini geriye etkili sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır¹⁹⁴. Dönme hakkının kullanılmasından itibaren, sözleşme ilişkisindeki edimler yer değiştirir ve sözleşme ilişkisi sözleşmenin başlangıcına kadar çözümlenme ilişkisine dönüşür¹⁹⁵.

A. Sözleşmeden Dönmenin Etkileri

Kamu ihale sözleşmelerinin sona ermesinde dönme önemli bir yer tutmaktadır. Her ne kadar kanun koyucu kamu ihale sözleşmelerinin sona erdirilmesi için fesih kavramını kullansa da, teknik anlamada bunu sözleşmenin niteliğine göre dönme, fesih veya diğer sona erme sebepleri olarak anlamak gerekir.

Kamu İhale Sözleşmelerinden dönme, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda önem taşıyan ağırlığa sahiptir. Tüm ani edim yükümü taşıyan kamu ihale sözleşmelerinde dönme beyanı ile sözleşme ilişkisi geriye etkili olarak sona erer. Meselâ, eser sözleşmesi niteliğinde olan yapım, imalat süreci gerektiren mal alımları ile satım sözleşmesi olan mal

¹⁹³ Eren, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁹⁴ Eren, **a.g.e.**, s.1260, Serozan, **a.g.e.**, s.451, Hüseyin Altaş, “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Yaklaşık Ücretin Aşırı Aşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK mad. 366 ve 367)”, s.71-84, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.74.

¹⁹⁵ Eren, **a.g.e.**, s.1261, Serozan, **a.g.e.**, s. 510.

alımlarında dönme hakkının kullanılması bu sözleşmeleri başlangıca kadar çözüme ilişkisine döndürür¹⁹⁶. Uygulamada bu çözüme ilişkisi de bir çok tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Bu tartışmalara aşağıda “Kamu İhalelerinde Sözleşmeden Dönmenin Fonksiyonu” başlığı altında yer verilmiştir.

B. Kamu İhalelerinde Sözleşmeden Dönmenin Fonksiyonu

Sözleşmeden dönme hakkının fonksiyonunun anlaşılabilmesi bakımından sözleşmede saklı tutulan dönme hakkı ile doğrudan kanundan kaynaklanan dönme hakkını ayrı ayrı incelemek gerekir¹⁹⁷. Sözleşmede taraflarca saklı tutulan dönme hakkı sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkacak sorunlara karşı adeta bir sigorta görevi görür. Kamu ihale sözleşmelerinde de idare açısından sözleşmeden dönme sebeplerine, tip sözleşme tasarılarında ve yapım işleri genel şartnamesinde yer verilmiştir. Ancak burada yer verilen dönme sebepleri sadece idare tarafından dönme hakkının kullanılmasına ilişkindir. Yüklenicinin kamu ihale sözleşmesinden dönmesine ilişkin herhangi bir hususa tip dokümanlarda yer verilmemiştir. Bu husus tarafların eşitliği ilkesine aykırıdır.

Kaynağını doğrudan kanunda bulan dönme hakkının fonksiyonları değişiktir ve ilgili olduğu alanlarda farklı görevler ihtiva eder. Kanunî dönme hakkının temel görevi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasındaki sinallagmayı ve dengeyi sağlamaktır. Bu husus denkleştirici adaletin bir uzantısı olarak da görülebilir¹⁹⁸.

Karşılıklı sözleşme edimleri arasındaki sıralama ve denge taraflar arasındaki denkleştirici adaletin sağlanması açısından önemlidir. Bir taraf edimini yerine getirmezken, diğer tarafın edimini yerine getirmek zorunda

¹⁹⁶ Serozan, **a.g.e.**, s. 503.

¹⁹⁷ Serozan, **a.g.e.**, s. 39.

¹⁹⁸ Serozan, **a.g.e.**, s.40, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 547., Yargıtay 13. HD. E: 2009/7702, K: 2009/14526, Yargıtay HGK, E: 2010/14-386, K: 2010/427, www.kazanci.com. ET. 05.05.2013.

kalması menfaatler dengesini açıkça bozar. Dönme hakkı burada karşı tarafın edimini yerine getirmesinde zorlayıcı bir araç vazifesi görür. Dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme öncesi duruma dönülerek taraflar arasındaki denge yeniden kurulur¹⁹⁹.

Dönme hakkının bir diğer fonksiyonu da zayıfın korunması düşüncesinden hareketle, ekonomik ve hukukî olarak zayıf olan kişilerin düşünmeden kurduğu sözleşmelerden kurtulmasını sağlamaktır. Diğer taraftan, orantılılık ilkesine sözleşmenin devamı sırasında aykırı hale gelmiş sözleşmeler yine karşı tarafın mahvına sebep olmadan dönme yoluyla sona erdirilebilir²⁰⁰. Bu anlamda dönme hakkı sözleşmeden önceki durumun yeniden kurulmasında araç rolü oynar.

Sözleşmeden dönme hakkı niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dönme hakkının bozucu yenilik etki doğurması sözleşmenin konusunu değiştirir. Dönme beyanıyla sözleşmedeki edimler taraf değiştirerek çözümlenme ilişkisine dönüşür²⁰¹.

Dönme hakkının kullanılmasının taahhüt ve tasarruf işlemlerine etkisi önemlidir. Dönme beyanında bulunulması taahhüt işlemlerini doğrudan etkilerken, tasarruf işlemlerini ise dolaylı olarak etkilemektedir. Kamu ihale sözleşmelerinden dönmede, taahhüt işlemleri doğrudan etkilense de taahhüt işlemlerine dayalı olarak yapılan tasarruf işlemleri doğrudan etkilenmemektedir. Ancak taahhüt işlemlerinin geçersiz olmasından dolayı tasarruf işlemi daha sonra geçersiz hale getirilebilmektedir. Dönme işleminin sözleşmeyi baştan geçersiz hale getirmesi adeta “kapalı bulunan bir fermuarın açılması” gibidir. Dönme hakkının kullanılmasının anında sözleşmeyi baştan geçersiz hale getirdiği görüşü iade yükümünü açıklamakla zorlanır. Eğer sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelmişse, iade yükümü sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşir. Sözleşme hükümlerine

¹⁹⁹ Serozan, **a.g.e.**, s. 40.

²⁰⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 547.

²⁰¹ Serozan, **a.g.e.**, s. 577.

göre iade yükümüyle, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade yükümü ise sonuçları tartışılmayacak kadar farklıdır²⁰².

Türk ve İsviçre hukukçuları tarafından kabul edilen yeni dönme görüşüne göre²⁰³ dönme beyanında bulunulmasıyla birlikte sözleşme ilişkisi yukarıda verdiğimiz benzetmeye göre fermuarın açılması gibi tersine döner. Edimler yer değiştirir ve iade böylece sağlanır. Yeni dönme teorisi, def'iler, ispat yükü, sorumluluk ve zamanaşımı açısından sözleşmenin tarafları için elverişli araçlar sunar. Bu görüş dönmenin sonuçlarının da sözleşmeye ilişkin hükümler çerçevesinde cereyan etmesi gerektiği düşüncesine dayanır. Kanaatimizce ikinci görüş dönme müessesesinin amacına daha uygundur.

Doktrinde Serozan²⁰⁴ dönme teorisinin uygulanmasının kuşkulu olduğu sözleşme ilişkilerini sayarken, eser sözleşmesinin ani edimli sözleşme olarak sayılmayacağını ileri sürmekte, bu bakışını da sözleşme ilişkisini alacaklı açısından değil de, eseri meydana getirme borçlusu açısından bakıldığından çoğu zaman sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler sınıfına çıkartılabileceğini vurgulamaktadır. Yazar devamla, eser sözleşmesinin sürekli edim yükü içeren sözleşme olarak kabul edildiği takdirde, dönme kuramının uygulanmasının gerekmeyeceği, fesih hakkının kullanılmasıyla pratik ve adaletli bir sonucun doğacağını ileri sürmektedir.

Kanaatimizce yukarıda özetlenen görüş, dönme kuramının pratikte uygulama zorluğu dikkate alınarak ortaya konulmuştur. Gerçekten de, yapım işi yapılmasına ilişkin bir kamu ihale sözleşmesinde, inşaatın % 50 oranında bitirildiği bir aşamada, idare dönme hakkını kullandığında sözleşme ilişkisi nasıl çözülecektir? İnşaatın kaldırılıp eskiye dönülmesi ve taraflar arasındaki sözleşme öncesi menfaatler dengesinin kurulması fiilen imkânsızdır. Pratik açıdan bakıldığında yazarın görüşlerine katılmamak elde değildir. Ancak hukukî kurumlar açısından bakıldığında bu görüşe katılma imkânı yoktur. İki

²⁰² Peter Birks, **Unjust Enrichment**, Second Edition, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2005, s. 207-224.

²⁰³ Eren, **a.g.e.**, s.1261.

²⁰⁴ Serozan, **a.g.e.**, s.166 vd.

sebebi vardır. Birinci olarak, sırf pratikte uygulama zorluğundan dolayı, ani edim yükümü içeren sözleşmelerin, sürekli edim yükümü içeren sözleşmelere dönüştürülmesi doğru değildir. Aynı mantık açısıyla satıcının teslimi için hazırlık yapılması gereken satım sözleşmesi de sürekli edim yükümü içeren sözleşmelere dönüştürülebilir. Diğer taraftan ani edim yükümü içeren sözleşmelerle sürekli edim yükümü içeren sözleşmeler arasında yapılan ayırım hep aynı bakış açısını yansıtır. Dolayısıyla bazı sözleşmeler açısından borçlunun hareketlerini, bazıları açısından alacaklının durumunu dikkate almak objektiflikle bağdaşmaz. Ani edimli, sürekli edimli sözleşme ilişkisi sözleşmenin konusuna göre yapılan bir ayırımdır. Edimin bir defa da yerine getirilip getirilmediğine göre yapılan bir ayırımı içerir.

İkinci olarak, pratikte uygulama zorluğu, fiilen yapılması gereken iade yükümlerinde söz konusu olur. Eser sözleşmesinde fiilen iade yükümü, eşya hukuku kurallarına göre de imkânsız olabilir. Yani, imkânsızlık hem fiilî hem de hukukî olabilir. Bu durum kamu ihale sözleşmelerinde kendisini sıklıkla gösterir. Dönmenin amacı taraflar arasındaki menfaatler dengesini sözleşmeden önceki hale getirmektir. Dolayısıyla fiilen veya hukuken iade edilmeyen şeylerin yerini tazminat alır. Ancak burada feshin sonuçlarından farklı olarak dönmede sözleşme ilişkisi çözüldüğünde bir taraf diğeri aleyhine zenginleşmemelidir. Kanaatimizce dönme kuramının uygulama alanının daraltılmasında, gerçek yatmaktadır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı kamu ihale sözleşmelerinde, yukarıda bahsedilen sebeplerle müteahhit kârı ödenemez. Ödenmesi durumunda burada dönme hakkı değil, fesih hakkı kullanılmış olur. Bu husus, eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olmasıyla bağdaştırılamaz. Diğer taraftan Türk Borçlar Kanunu m. 470 vd. maddelerinde sözleşmenin taraflarınca sona erdirilmesini “dönme” olarak niteleyerek katıldığımız görüşü desteklemektedir. Meğer ki dönme kuramının uygulanması iyi niyet kurallarına aykırı olsun²⁰⁵.

²⁰⁵ Serozan, **a.g.e.**, s. 441.

IV. İKALE SÖZLEŞMESİ

Türk Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, irade serbestisinin bir sonucu olarak, tarafların sözleşmeyi meydana getirme iradesine paralel olarak, sözleşmenin tarafları başka bir sözleşmeyle, mevcut sözleşme ilişkisini de sona erdirebilirler. Teknik anlamıyla bu sözleşme mevcut sözleşmeyi bozma sözleşmesidir²⁰⁶.

İkale sözleşmesi, başlangıçtan itibaren sözleşmeyi sona erdirir. Bu anlamda ikale sözleşmesi geçmişe etkilidir ve herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Kamu ihale sözleşmeleri de kânuni yetkiler çerçevesinde kalınmak suretiyle taraflarca ikale sözleşmesiyle sona erdirilebilir.

V. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNDA FESİH KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu fesih kavramını teknik anlamının dışında sona erme hallerini de kapsayacak şekilde kullanmıştır. Bu ise çalışmamızda yeri geldikçe belirtilen özensizliğin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, anılan Kanunun 20 nci maddesinde temerrüt sebebiyle kamu ihale sözleşmesinin sona erdirilmesinde fesih kavramı kullanılmışken, imkânsızlık sebebiyle sözleşmenin sona erme hallerinden biri olan kanunî iş artışıyla sözleşmenin ifasının imkânsız olması durumunda, sözleşmenin sona ermesi de fesih kavramıyla karşılanmıştır²⁰⁷. Diğer taraftan mücbir sebepler borçlu açısından edimin ifasını yerine getirmesine engel teşkil eder. Bu sebeple, mücbir sebep, illiyet bağıını keserek borçlunun kusurunu ortadan kaldırır ve borcun yerine getirilmemesine haklı sebep teşkil eder. Ancak mücbir sebep teknik anlamda sözleşmenin feshini gerektiren bir durum olmayıp, borcu sona erdiren bir sebeptir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda bu durum bir fesih sebebi olarak kabul edilmiştir.

²⁰⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1258.

²⁰⁷ Kaplan, **a.g.e.**, s. 290.

Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde, 4735 sayılı kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, sözleşmenin feshi kavramıyla kastedilen husus, sözleşmenin sona ermesidir. Bu sebeple, Türk Borçlar Kanununun tamamlayıcılığı ilkesinden hareketle, anılan Kanunda yer verilen borcu sona erdiren sebepler kamu ihale sözleşmelerine uygulanır. Bir sözleşmenin birden fazla borcu içeren sözleşme ilişkisini içerisinde barındırdığı dikkate alındığında, sözleşmeden doğan borçların tamamının sona ermesi halinde sözleşme de sona erer.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME SEBEPLERİ

§ 4. YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK

Yükleniciden kaynaklanan sebeplerle kamu ihale sözleşmesinin sona ermesi, yüklenicinin iradesi sonucunda ortaya çıkan sona erme hallerini içermektedir. Bu ayrımında, yüklenicinin kusuru sonucunda sözleşmenin sona ermesi veya kusuru olmaksızın sözleşmenin sona ermesi, her bir sebep altında ayrıca belirtilecektir.

Yükleniciden kaynaklanan sebeplerle kamu ihale sözleşmesinin sona ermesi, yüklenicinin iradesinin olumlu ya da olumsuz olarak sözleşmenin sona ermesine katkısının bulunmasını içerir. Bu sebeple meydana gelen sözleşmenin sona ermesi Türk Borçlar Kanunundan kaynaklanabileceği gibi 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundan da kaynaklanabilir.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA YER ALAN SEBEPLER

A. İfa

İfa, geçerli olarak kurulmuş bir borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimin, borçlu tarafından yerine getirilmesidir¹. Bir sözleşmeden birden fazla borç doğmuş olabilir. Edimlerden birinin yerine getirilmesi, o sözleşme

¹ Oğuzman/Öz, a.g.e., Cilt 1, s. 264, Eren, a.g.e., s. 906.

ilişkinini tamamen sonlandırmaz, sadece o borç bakımında ifa yerine getirilmiş olur².

1. İfanın Şartları

İfa, sözleşme ile borçlanılan edimin zamanında ve anlaşılan yerde yerine getirilmesini gerektirir. Bu anlamda kamu ihale sözleşmelerinde ifanın şartlarını teknik şartnameye uygun malın/hizmetin veya yapım işinin sözleşmede belirtilen yer ve zamanda teslim edilmesi oluşturur. Teslim edilen edimin idare tarafından muayene ve kabul edilmesiyle edim ifa edilmiş olur.

İfa, borcu sona erdirir. Her iki tarafın tüm edimlerinin yerine getirilmesiyle sözleşme sona erer. İfanın borç ilişkisini sona erdirebilmesi için, sözleşmeden doğan bütün asıl ve yan edim yükümlerinin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmiş olması gerekir³.

2. Kamu İhale Sözleşmelerinde İfanın Özellikleri

Genel olarak, tüm sözleşme ilişkilerini sona erdirme sebebi olarak kabul edilen ifa, kamu ihale sözleşmelerinde ayrı bir öneme sahiptir. Kamu ihale sözleşmelerinde ifa, ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur⁴.

Kamu ihale sözleşme tasarıları, tarafların iradesine uygun olarak, bedelin ödenmesini, malın teslimini, hizmetin görülmesini veya yapım işinin yapılmasını ve bunlara ilişkin yan edim yükümlerini düzenler. Kamu ihale sözleşmelerinin yapılması gibi ifası da zorunlu kurallara bağlanmıştır. Aynı zamanda bu kurallar Türk Ceza Kanununda (TCK md. 236) yaptırım altına alınmıştır.

² Eren, a.g.e., s. 907.

³ Eren, a.g.e., s. 907.

⁴ 04.03.2009 tarihli ve 27159/Mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

Aliud ifanın⁵ veya kötü ifanın⁶ idare tarafından kabul edilmesi bu anlamda suç kabul edilmiştir. Benzer yaklaşım ihale aşamasındaki fiillerle ilgili olarak da ortaya konulmuştur. Kanun koyucu TCK m. 235'te ihalenin asgari şartı olan isteklilerin özgürce yarışmasını engelleyen olgulara suç vasfı yüklemiştir. Böyle hallerde her iki durumda da kazanan kamu yararadır⁷.

Kamu ihale sözleşmesinin ifa edilmesinde, ihale aşamasında yapılan işlemlerin iyi planlanmış ve hazırlanmış olması, sözleşmenin tarafı olan idarelere büyük avantaj sağlar. Özellikle sözleşme hükümleri arasında çelişki bulunmaması ve ihale dokümanlarını oluşturan belgelerin iyi organize edilmesi ifanın kuvvetini artırır. Kamu ihale sözleşmelerinde ifanın kuvveti, kamu yararının yerine getirilmesinde en önemli etkidir. İfanın kuvveti, yapılan işin verimliliği ve sözleşmenin taraflarca özümsemesini içerir. Kamu ihale sözleşmelerinde ifayı etkileyen önemli faktörlerden biri sözleşmenin taraflarca özümsemesidir. Tabidir ki, hak ve yükümlülüklerini bilmeyen tarafların ifa edeceği sözleşme yükümlülüklerinin gerçekleştireceği ifa kuvveti az olur. İfanın kuvveti ne kadar fazla olursa, kamu yararı o kadar fazla tatmin edilmiş olur.

⁵ Aliud, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları şeyden farklı bir şeyin teslim edilmesini ifade eder. Muaz Ergezen, **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s.50.

⁶ Kötü ifa, borçlanılan edimin sözleşmenin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için gerekli olan yükümlerle, koruma yükümlerinin ihlali ile borç ilişkisinden doğan edim yükümlerinin ihlalini kapsar. Daha geniş bilgi için bkz. Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

⁷ Sırf fiillerden hareketle, kanun koyucunun koruduğu menfaatin amacına hizmet edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Burada üst olgu olarak kamu yararının korunmasında hareket edilirse, bunun alt ayrımları olan ihaleye katılanların menfaati ve diğer kullanıcıların, yani vatandaşların menfaatlerinin korunmasına çok daha rahat ulaşılır. Ancak tersinden hareketle kullanıcıların/vatandaşların menfaatleri ile ihaleye katılan isteklilerin menfaatlerinin korunmasından hareket edilirse iki anlamda hataya düşülebilir. Birinci olarak, kullanıcıların/vatandaşların menfaatleri ile ihaleye katılan isteklilerin ya da kamu ihale sözleşmesindeki edimini ifa eden yüklenicinin menfaatlerini bir araya getirmek mümkün olmaz. Dolayısıyla teorik olarak ta üst olgusal varlığa yani kamu yararı kavramına ulaşılamaz. İkinci olarak üst olgu olarak, kamu yararının taşıdığı anlamla, bireysel yararların taşıdığı anlam birbirinden farklıdır. Dolayısıyla, hem kamu ihale sözleşmesinin ifa edilmesiyle ilgili olarak edimin ifasına fesat karıştırılması suçunda hem de ihale aşamasına ilişkin olarak düzenlenen ihaleye fesat karıştırılma suçlarında üst olguya ulaşılmadan yapılacak değerlendirmeler salt yüzeysel kalmaya mahkumdur. Bu anlamda üst olguya karar verenlerin ortaya çıkarılmaması da soruşturma veya kovuşturmaları akim veya nakıs bırakacaktır.

Kanatımızca, kamu ihale sözleşmelerinde, ifanın özelliklerine hem tip sözleşme hükümlerine göre hem de alım konusuna göre incelemek mevzuat sistematiği ve anlaşılabilirlik bakımından yerinde olur. Aşağıdaki açıklamalar bu amaca yöneliktir.

a. Mal Alımı Sözleşmelerinde İfa

Mal alımı, idare tarafından satın alınan taşınır, taşınmaz mallar ile bunlara ilişkin hakları ifade etmektedir⁸. Mal alımına ilişkin kamu ihale sözleşmeleri, satım sözleşmesine konu olabileceği gibi, eser sözleşmesine de konu olabilir. Hazır halde alınıp satılan malların alımına ilişkin kamu ihale sözleşmesi ile taşınmazların alımına ilişkin kamu ihale sözleşmesi satım sözleşmesi niteliğindedir. Buna karşılık, montaj şartlı mal alımı ile özel imalat süreci gerektiren⁹ malların alımına ilişkin kamu ihale sözleşmesi eser sözleşmesi niteliği taşımaktadır.

Mal alımlarına ilişkin ifayı düzenleyen iki temel metin bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ekinde bulunan Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme, ikincisi ise, Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmeliktir¹⁰.

Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme, mal alımlarına ilişkin olarak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 7 nci maddesinde yer alan hükmü içeren metindir¹¹.

⁸ KİK m. 4'e göre mal alımı, "*Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları,*" ifade eder.

⁹ MAİUY m. 3'e göre özel imalat süreci gerektiren mal alımı, "*Piyasada hazır halde alınıp satılmayan, projelendirme veya bir talep üzerine üretimi yapılacak olan, özel ihtisas ve üretim tekniği gerektiren işleri*" ifade etmektedir.

¹⁰ Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ekinde bulunan Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme, 04.03.2009 tarih ve 27159 mükerrer sayılı Resmî Gazete de yayınlanmıştır. Mal alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik ise, 19.12.2002 tarihli ve 24968 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmış ve 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹¹ Kamu ihale sözleşmesinin tarafları, ödemeye ilişkin bilgiler malın teslimine ait bilgiler, ile yan edim yükümleri ile sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümler burada yer alır. Mal alımlarına ilişkin tip sözleşmenin 5 inci maddesine göre sözleşmenin konusunun ihale dokümanında

Burada belirtilmesi gereken hususlardan birisi de, kamu ihale sözleşmelerinin süreli sözleşmeler olmasıdır. Sözleşmenin süresi, asıl edim yükümleri ile yan edim yükümlerinin tamamının ifa edildiği süreyi kapsar. Mal alımına ilişkin sözleşmenin süresi, işe başlama tarihinden başlayıp garanti süresi dahil, kesin teminatın iade edilmesine kadar geçen süreyi ifade eder. Bu süre, malın teslim süresinden farklıdır ve daha uzundur. Sözleşme süresinin bitiminde tarafların sözleşmeden doğan yükümlülükleri sona erer. Teslim süresi ise, sözleşmenin konusunu oluşturan malın idareye teslim edilmesi için ihale dokümanında belirtilen süredir ve kamu ihale sözleşmesinin 10.2.1.'nci maddesinde yazılan tarihten itibaren başlar. İşe başlama tarihi somut bir tarih olabileceği gibi, sözleşmenin imzalanmasından sonraki tarihi gösteren belirlenebilir bir tarihte olabilir. Sözleşmenin süresinin başlama tarihi, işe başlama tarihinden itibaren başlar. Sözleşmenin süresi takvim günü olarak belirleneceği gibi ay olarak ta belirlenebilir.

Kamu ihale sözleşmesine ilişkin dört farklı süre vardır. Bunlardan birincisi sözleşmenin imzalanma süresidir. Bu süre 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 42'nci maddesindeki süredir¹². İkincisi ise, işe başlama süresi olup ihale dokümanında belirlenen ve sözleşmenin imzalanmasından sonraki bir tarihtir. Bu tarih sözleşmenin imzalanmasından sonra 3 gün, bir hafta şeklinde belirlenebileceği gibi somut bir tarih olarak da belirlenebilir. Üçüncü olarak, sözleşmenin süresi işe başlama tarihinden itibaren başlayan asli edim yükümleri ile yan edim yükümlerinin tamamının ifa edildiği ve sözleşmenin sona erdiği süreyi gösterir. Aynı zamanda kesin teminatın süresini de gösterir. Garanti süresi de bu sürenin içindedir. Dördüncü olarak, malın teslim süresi, işe başlama tarihinden başlayan ve idarece bir defa veya ard arda teslimli sözleşmelerde birden fazla belirlenen süredir. Teslim süresi, sözleşme süresinden kısa olmak zorundadır. Aslı edim yükümünün yerine

belirleneceği öngörülmüştür. Burada atıfta bulunulan temel metin teknik şartnamedir. İhale dokümanları arasında bulunan ve sözleşme imzalandıktan sonra bunun bir parçası haline gelen teknik şartname, mal alımına ilişkin kamu ihale sözleşmesinin konusunu tanımlar.

¹² KİK m. 41 ve 42 de belirtilen sürelerin bitiminde kamu ihale sözleşmesi imzalanır.

getirmesi için öngörölmüş süredir. Bu sürenin bitimi aynı zamanda muayene ve kabul süresinin başlangıcına karşılık gelir.

Mal alımına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde bir diğer konu numune üzerinden yapılan alımlara ilişkindir. Gerçekten de, idarece ihale dokümanında öngörölmesi şartıyla isteklilerin tekliflerini numuneler üzerinden değerlendirilebilir ve sözleşme konusu, numuneler üzerinden somutlaştırılabilir. Bu durumda kamu ihale sözleşmesi idareye sunulan numune üzerinden yapılır. Tarafların iradesi, bu numune üzerinden sözleşmenin oluşmasına ilişkindir. Bu sebeple kamu ihale sözleşmesinin ifa edilmesi aşamasında da aynı numunenin ait olduğu mal grubundan ifanın gerçekleşmesi gerekir. Sözleşmeden önce, numunenin sunulması aşamasında farklı, malın teslimi aşamasında farklı malların teslim edilmesi yerine göre aliud ifa ya da kötü ifa olarak kabul edilir.

Mal alımı sözleşmelerinde teslim yeri, ihale dokümanında belirtilmek zorundadır. Bu belirleme tek yer olabileceği gibi, idarenin faaliyet alanına bağlı olarak birden fazla yer de olabilir. Teslim yerinin belirlenmesi doğrudan isteklilerin teklifini etkiler; dolayısıyla burada idare tarafından herhangi bir belirsizliğe yer verilmemesi gerekir. Belirsizlik her zaman idareye maliyet olarak yansır¹³. Teslim yeri ülke içinde bir yer olarak belirlenebileceği gibi, milletler arası ticarete teslim şekillerine uygun şekilde CIF, FOB veya diğer teslim şekilleri olarak belirlenebilir. Burada yerli istekliler aleyhine bir durum da doğabilir. Özellikle CIF veya FOB teslimde yabancı isteklinin teslim borcu gemi bordasına yükleme yapılmasıyla ya da belirtilen varış limanında teslim yeterli olurken, yerli istekli malı idarenin talebi doğrultusunda ilgili teslim yerine getirmek zorundadır.

Yabancı isteklilerin katıldığı ihalelerde, bu istekliler tarafından Incoterms 2000'de¹⁴ yer alan EXW (EX Works), FCA, FAS, FOB, CFR, CIF,

¹³ Jan Ramberg, **International Commercial Transactions**, Fourth Edition, ICC Norstedts Juridik, 2011, s. 53.

¹⁴ David Tiplady, **Introduction to The Law of International Trade**, BSP Professional Books, 1989, s. 39., Jan Ramberg, s.103 vd., John A Spanogle/Peter Winship, **International Sales Law, A**

CPT, CIP teslim şekillerini tercih ederken DAF, DES, DEQ, DDU ve DDP teslim şekilleri tercih edilmemektedir. İdareler tarafından kullanılan teslim şekli FOB veya CIF teslimdir. Teslim yerinin belirlenmesinde önem taşıyan husus istekliler arasında eşitliği sağlayacak şekilde belirlenmesinin zorunlu olmasıdır.

Mal alımına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde, teslimde yapılacak işlemler ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulmuş ve muayene ve kabul işlemlerinin bir komisyon tarafından gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Muayene ve kabul komisyonları harcama yetkilisi veya görevlendirdiği kişi tarafından oluşturulan biri başkan, biri işin uzmanı olmak üzere en az üç veya daha fazla tek sayıda kişi tarafından oluşturulur. Alınacak malın niteliğine göre, ilk önce idareye teslim için sunulan malın fizikî özellikleri kontrol edilir (MADMKİDY m.15). Fizikî özelliklerinin teknik şartnameye uygun olmadığı anlaşıldığı takdirde bu mallar laboratuvar muayenesine gönderilmez (MADMKİDY m.15 f.3). Yükleniciler, fizikî muayene sonucu verilen red raporuna itiraz edebilir ve ikinci bir muayeneyi isteyebilirler (MADMKİDY m.15 f.3). Bu durumda, mal idarece aynen korunmak suretiyle ilk muayenede bulunmamış olan kişilerden kurulacak en az üç kişilik ikinci bir komisyona muayene yaptırılır. Bu komisyonun vereceği karar idare açısından kesin olup, muayene kabulün bu komisyonun kararı esas alınarak sonuçlandırılacağına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde hüküm konulmak zorundadır (MADMKİDY m.15 f.2). Malın fizikî muayenesi bir tutanakla belgelendirilir. Bu tutanak muayene ve kabul komisyonu üyeleri tarafından ve yüklenici muayenede hazır bulunmuşsa kendisi veya vekili¹⁵ tarafından imzalanır. Bununla birlikte malın fizikî muayenesinin yeterli olduğu alımlarda malın laboratuvar muayenesi istenilmez.

Problem-Oriented Coursebook, American Casebook Series, First Edition, West Group, 2000, s.168. Aslihan Sevinç Kuyucu, **Incoterms (Uluslararası Ticari Terimler)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 32 vd.

¹⁵ Vekilin özen borcu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Veysel Başpınar, **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 71.

Muayene ve kabulde ikinci aşama olan laboratuvar muayeneleri, varsa idarenin kendi laboratuvarlarında yoksa KOSGEB, TÜBİTAK, Üniversite Laboratuvarları gibi diğer kamu kuruluşlarının laboratuvarlarında yaptırılır. Eğer teslim alınan malın laboratuvar muayenesi (meselâ bir uydu alımında) bu kuruluşlarda mümkün olmazsa, özel sektöre ait laboratuvarlarda bu muayene yaptırılabilir.

İdareler, kamu ihale sözleşmelerinde laboratuvar muayenelerinin kimin tarafından hangi yöntemlerle yaptırılacağını ve test masraflarının kime ait olacağını belirlemek durumundadır. Aksi takdirde bu masrafların idare tarafından karşılanması gerekir (MADMKİDY m.17 f.3).

Muayenede geçen süre kamu ihale sözleşmesinde yer alan teslim süresinden sayılmaz. Bunun pratik sonucu son teslim tarihinde idareye getirilen mallar için geçen muayene ve kabul süresi teslim süresinde gecikmeye sebep olmaz. Yüklenici, sözleşmede öngörülen cezalı çalışma yaptırımına uğramaz. Ancak idare teslim süresi içerisinde yüklenici tarafından idareye kaç defa mal teslim edilebileceğini sözleşmede düzenleyebilir (MADMKİDY m.19). Bu durumda yüklenici, muayene ve kabul sırasında da malın uygun çıkmaması durumunda sözleşmede belirlenen sayı kadar yeni mal getirebilir. Bununla birlikte, işin süresi dolmuşsa, ihale dokümanında belirtilen ihtarlı süre verilerek (en az 10 gün) bu süre içinde bir defa olmak üzere, yüklenici malını muayeneye arz edebilir (MADMKİDY m.19 f. 2).

b. Hizmet Alımı Sözleşmelerinde İfa

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi hizmet alımlarına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde ifayı düzenleyen üç metin bulunmaktadır. Bunlar, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin ekinde yer alan Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi ile Hizmet

Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliğidir. Tip sözleşme ile Genel Şartname kamu ihale sözleşmesinin bir parçasıdır.

Tip sözleşmede, mal alımlarına ilişkin tip sözleşmeden farklı olarak hizmetin görüleceği yer veya yerler, kontrol teşkilatı ve görevleri, iş ve işyerlerinin korunması ve sigortalanması ile sözleşmenin sona ermesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. İşin yapılacağı yer yani işyeri¹⁶ kavramı, hizmet alımı sözleşmelerinde temel kavramlardan biridir. İş hukukunda işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan veya olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği yer olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda işveren¹⁷ ise, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara denir.

4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesine göre, *“bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu iş yerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o iş yeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.”* Alt İşverenlik Yönetmeliği yukarıda yer verilen hükmün uygulanmasına yönelik olarak benzer düzenlemeler içermektedir¹⁸.

Hizmet alımlarına ilişki kamu ihale sözleşmesinde işyeri, işveren ve alt işveren kavramlarının ayrı bir önemi bulunmaktadır. Yukarıda yer verilen hükümler çerçevesinde İş Hukuku anlamında idare asıl işveren, yüklenici alt işveren konumunda yer almaktadır. Bunun sonucu olarak ta idare

¹⁶ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2006, s.157, Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, 19. Baskı, İstanbul, Beta, 2006, s.51, Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s.152.

¹⁷ Süzek, **a.g.e.**, s.130, Çelik, **a.g.e.**, s.39, Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s.128.

¹⁸ 27.03.2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

yüklenicinin işçilerinin iş hukukundan doğan yükümlülüklerinde müteselsilen sorumludur. Yargıtay da, özellikle yüklenicinin işçilerinin kıdem tazminatından idarenin sorumlu olduğunu bir çok kararında¹⁹ kabul etmektedir. Ancak bu yaklaşım sadece kıdem tazminatında değil, ihbar tazminatlarında ve toplu iş sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerde de devam etmelidir. Çünkü, asıl işverenin yükümlülüğünü düzenleyen İş Kanununun 2 nci maddesine göre, Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerde asıl işveren alt işverenle birlikte sorumludur.

4857 sayılı İş Kanununda 01.07.2006 tarihli ve 5538 sayılı Kanunun 18 nci maddesiyle yapılan değişiklikle, kamu ihale sözleşmesine dayalı olarak idarenin işyerinde çalışan işçiler için bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar daha çok idarî yönden bu işçilerin atanma ve idarenin personel mevzuatına tabi olarak çalışanları ile aynı hakları talep etmelerinin önlenmesine yöneliktir. Ancak bu düzenleme, asıl işveren alt işveren sorumluluğunu ortadan kaldıran bir düzenleme de değildir. Hizmet alımlarına ilişkin tip ihale dokümanları incelendiğinde, idarenin, işçinin iş hukukundan doğan bir çok hakkına müdahil olduğu görülür. Meselâ, Kamu İhale Genel Tebliğinin 72.25. maddesinde yükleyicilerin işçilerinin yıllık izinlerinin idare tarafından kullanılacağı hükme bağlanmıştır.

İşçi-alt işveren-asıl işveren arasındaki klasik anlamdaki sorumluluktan çok daha geniş kapsamlı sorumluluk ve sistemlere çağdaş dünyada rastlamak mümkündür. Meselâ, Apple firmasına ürün üreten ve Çin de yerleşik Foxconn firmasında meydana gelen bir patlamada işçilerin ölmesinde uluslar arası işçi örgütleri Apple'ı suçlamışlar ve onun sorumluluğunu sorgulamıştır²⁰. Diğer bir örnekte, Nike firması tarafından üretim yaptırılan Uzakdoğu ülkelerindeki yerli firmaların çocuk işçi

¹⁹ Yargıtay 22. HD'nin 25.10.2011 tarihli ve E: 2011/1489, K: 2011/3418, Yargıtay 9. HD 24.01.2011 tarihli ve E: 2009/44022, K: 2011/162, Yargıtay 9. HD 24.01.2011 tarihli ve E: 2010/30244, K: 2010/24328 sayılı Kararları (kazanci.com-E.T.23.04.2012).

²⁰ O.C. Ferrel/John Fraedrich/Linda Ferrel, **Business Ethics**, 8. Baskı, Londra, South Western Cengage Learning, 2008, s. 386.

çalıştırmalarından dolayı, Nike suçlanmış ve aleyhinde kampanyalar düzenlenmiştir²¹. Global alanda işçi haklarına bakış böyleyken, idareye ait iş yerinde çalışan işçilerin işçi sağlığı ve güvenliği ile çalışma şartları ve iş hukukundan doğan haklarından dolayı idarenin sorumsuz olması düşünülemez. İdare ancak bu sorumluluğa katlandıktan sonra genel hükümlere göre yükleniciye rücu hakkını kullanabilir.

Hizmet alımına ilişkin kamu ihale sözleşmeleri, sürekli edim yükümü içeren sözleşmelerdir. Dolayısıyla hizmetin sunulduğu anda muayenesinin yapılması gerekir. Bu nedenle mal alımlarından farklı olarak hizmet alımlarında kontrol teşkilatı vardır ve hizmetin verilmesi sırasında sözleşmeye uygunluğu denetler (HİGŞ m. 26). Yüklenicinin ifayı nasıl gerçekleştireceğine ilişkin temel iki metin bulunmaktadır. Teknik şartname, hizmetin görülmesiyle ilgili teknik hususları belirler, hizmet işleri genel şartnamesi²² ise hizmetin nasıl yürütüleceğini gösteren bir metindir.

c. Yapım İşi Sözleşmelerinde İfa

Yapım işleri yaptırılmasına ilişkin kamu ihale sözleşmeleri eser sözleşmeleridir²³. Genel olarak iki tip, ancak uygulamada bu iki tipin bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş karma sözleşmelerle birlikte üç tip yapım işlerine ait sözleşme bulunmaktadır. Aşağıdaki açıklamalarda anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeyle birim fiyatlı sözleşmenin ifasına ilişkin hususlara yer verilecektir. Karma sözleşme, “*kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü*

²¹ Ferrel et al, **a.g.e.**, s. 386.

²² Hizmet İşleri Genel Şartnamesi dokuz bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel hükümler, ikinci bölümde yüklenicinin işi yerine getirirken yükümlü olduğu genel hususlar, üçüncü bölüm teknik doküman gerektiren hizmet alımlarında (proje, harita verilmesi gereken) teknik dokümanın verilmesi ile ilgili hususlar, dördüncü bölümde işin kontrolü, beşinci bölümde işin yürütülmesi nasıl olacağı, altıncı bölümde yüklenicinin çalıştırıldığı personelin hakları ile ilgili düzenlemeler, yedinci bölümde hak edişler ve ödemeye ilişkin hususlar, sekizinci bölümde kabul işlemleri ve dokuzuncu bölümde sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

²³ Sena Şekerci, **Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010, s. 22.

unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle oluştuğundan”²⁴ yapılan açıklamalar bunun için geçerli olur.

(1) Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşmelerde İfa

Anahtar teslimi götürü bedel kamu ihale sözleşmesi, yapım işine ilişkin olmak üzere, ihale dokümanında yer alan uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak işin tamamı için yüklenici tarafından teklif edilen bedel üzerinden yapılan sözleşmedir²⁵.

Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmesi tipik eser sözleşmesidir. Buna göre ifa, başlangıçta öngörülen toplam bedelle yapım işinin ihale dokümanına uygun şekilde yapılıp teslim edilmesidir²⁶. BK'nın 365 nci maddesine göre “Götürü pazarlık edilmiş ise, müteahhit bedelin artırılmasını isteyemez.” Diğer taraftan, TBK'nın aynı hükme karşılık gelen 480 nci maddesinde yer alan “Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.” hükmü, eski Borçlar Kanunu'nun hükmünün sadeleştirilmesi dışında yeni bir unsur taşımamaktadır.

İki Kanun metni arasındaki temel fark ikinci fıkrada yer almaktadır ve bu husus kamu ihale sözleşmelerinde etkili olan bir faktörü barındırmaktadır. BK'nın 365 inci maddesinin ikinci fıkrası: “Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup ta iki tarafça nazara alınmayan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını işkal ederse hakim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyley.” hükmünü taşımaktadır. Ancak buna karşılık gelen 6098 sayılı TBK'nın 480 inci maddesinin ikinci fıkrası: “Ancak başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca

²⁴ Yavuz, a.g.e., s.11.

²⁵ KİSK m. 6'da anahtar teslim götürü bedel sözleşmenin tanımına yer verilmiştir.

²⁶ Şekerci, a.g.e., s.4 vd.

belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.” hükmünü taşımaktadır. Bu hükmün BK m. 365 den farklı iki yönü bulunmaktadır. Birinci olarak yukarıda tartışması verilen eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu, hükümde geçen “dönme” ibaresi ile açığa kavuşturulmuştur. Ani edimli sözleşmelerde kural olarak fesih, belki sözleşmenin en başında, daha taraflar ifa hazırlığına başlamadan önce mümkün olabilir. Sözleşmenin ifa edilmeye başlamasından sonra ancak dönme söz konusu olabilir. Ancak burada kanun koyucu, dönmenin tarafların durumunu eşitlemede yetersiz olduğu, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiği durumda eser sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona erdirilmesini kabul etmiştir. Bu hükmün dayanağı 25.01.1984 tarihli ve E.1983/3, K. 1984/1 sayılı Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararında (YİBK) bulmak mümkündür. Söz konusu kararın kamu ihale sözleşmesinin sona ermesine etkisi üçüncü kısımda incelenecektir.

Anahtar teslimi götürü bedel sözleşme eserin uygulama projesi mahal listesi ve teknik şartnameye uygun şekilde imal edilmesini gerektirir. Burada önemli hususlardan biri metrajların ve porsantaj cetvelinin²⁷ yüklenicinin edimini yerine getirmesinde bağlayıcı olup olmadığıdır. Meselâ, uygulama projesi ve mahal listesinde olmamasına rağmen metrajlarda veya porsantaj cetvelinde yer alan bir imalât yüklenici tarafından imal edilecek midir? Buna cevabımız hayırdır. Çünkü, birinci olarak, yüklenici teklifini hazırlarken ihale dokümanı kapsamında metrajları göremez. Diğer taraftan, porsantaj cetvelleri ödemeye ilişkin olup imalâta esas alınamaz.

İkinci olarak, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde metrajlar ve porsantaj cetveli kamu ihale sözleşmesinin eki olan ihale dokümanını

²⁷ Porsantaj cetveli, anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerde imalat oranına bağlı olarak sözleşme bedelinin ödeme yüzdesini gösteren belgedir.

oluşturan belgeler arasında sayılmamıştır. Dolayısıyla yüklenicinin uygulama projesi ve mahal listesinde bulunmayan, ancak metrajlar veya porsantaj cetvelinde bulunan bir imalatı yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Anahtar teslimi götürü bedel kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasından sonra imalatın yapılacağı iş yeri idare tarafından yükleniciye teslim edilir. Buna yer teslimi²⁸ denir. Yer teslimi idarenin sözleşmeden doğan yükümlülüklerindedir. İş yeri tesliminin geç yapılması idarenin yükümlülüğünü yerine getirmediğini gösterir. Gecikilen süre teslim tarihinin uzaması anlamına gelir. İdare tarafından yer teslimi bazı hallerde işe başlanması için yeterli olmayabilir. Yüklenicinin kamuya ait arazi ve sahalardaki ocaklardan malzeme temin etmesinin istenildiği hallerde, bu malzeme ocakları ihale dokümanında belirtilir ve ruhsatları idare tarafından alınarak yükleniciye teslim edilir (YİGŞ m. 5). İşe başlanmasında yüklenicinin sorumluluklarından biri de iş ve işyerlerinin sigortalanması yükümlülüğüdür. İşin geçici kabul tarihine kadar “all risk sigorta” (tüm riskler için sigorta) yaptırılırken geçici kabul ile kesin kabul devresi arasında genişletilmiş bakım devresi teminatı uygulama alanı bulur (YİGŞ m. 9).

İşe başlamadan önce iş yeri tesliminden sonra işin projeleri idare tarafından onaylanarak yükleniciye teslim edilir. Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 13 üncü maddesine göre projelerin geç teslim edilmesi durumunda idarece yükleniciye gecikilen süre kadar ek süre verilir. Bu süre, işin bir kısmına ilişkin olabileceği gibi tamamına ilişkin olarak da verilebilir (YİGŞ m.13).

Hizmet alımı ihale sözleşmelerinde olduğu gibi, yapım işi kamu ihale sözleşmeleri, idarenin ajanı olan yapı denetim görevlisinin denetim ve gözetiminde gerçekleştirilir (YİGŞ m. 14 vd.). Çünkü bazı imalatların yapımından sonra denetlenmesi fiziken mümkün olmaz. Meselâ bir binanın

²⁸ Yer teslimi Yapım İşleri Genel Şartnamesinin m. 6’da düzenlenmiştir. Buna göre, yer teslim tutanağının imzalanmasıyla yükleniciye yer teslimi yapılmış olur. Ancak; yer teslim tutanağında, yer tesliminin tutanağın onaylanması halinde gerçekleşmiş olacağının belirtilmesi halinde, tutanağın onaylandığının yükleniciye tebliğ edildiği tarihte yer teslimi yapılmış olur.

temelinde yapılması gereken bir imalat ancak yapılırken denetlenebilir, bina tamamlandıktan sonra bu imalatın denetlenmesi mümkün olmaz.

Yükleniciye idarece onaylı projelerin tesliminden sonra yüklenici iş programını hazırlayarak idareye teslim etmesi gerekir (YİGŞ m. 17). Bu kamu ihale sözleşmesinde yüklenicinin yükümlülüklerindedir. İş programı yüklenicinin işin süresi ve varsa işin kısımlarına ait bitirme tarihleri ile yıllık ödeme miktarlarını da dikkate alarak yapım işine ait iş kalemlerini/gruplarını, aylık imalatı, iş miktarlarını, yıllık ödenek dilimlerini ve bunların aylara dağılımını ayrıntılı olarak gösterdiği programını ifade eder. İdare, yüklenici tarafından kendisine sunulan iş programını değiştirebilir, yüklenici bunu kabul etmek zorundadır. İş programı, idarenin onayıyla geçerli hale gelir. İş programı kapsamlı işlerde CPM veya diğer bilgisayar destekli programlar kullanılarak yapılabilir (YİGŞ m. 17).

İşin yapılması sırasında yüklenicinin yükümlülüklerinden biri de, işin devamı süresince iş yerinde bulunmasının esas olmasıdır. Yüklenici bizzat veya yetki verdiği bir temsilci aracılığıyla bu yükümlülüğünü yerine getirir. Yüklenicinin veya temsilcisinin iş yerinden ayrılması için yapı denetim görevlisinden izin alması gerekir (YİGŞ m.18).

Yüklenici sözleşmenin imzalanmasından sonra, yüklenmiş olduğu işin önemine ve iş programına uygun olarak işlerin yapılması için gerekli, her türlü makine, araç ve yardımcı tesisleri hazırlamak, her türlü malzemeyi ve işçileri temin etmek zorundadır. Ancak taahhüt konusu işlerde hatalı imalat yapıldığı takdirde idare yazılı olarak en az 10 gün süre vererek hataların düzeltilmesini ister. Düzeltilmeyen eksik ve hatalı işler yüklenici nam ve hesabına idare tarafından başka bir yükleniciye yaptırır. Yaptırılan bu işlerin karşılığı yüklenicinin idareden olan alacaklarından veya teminatından karşılanır (YİGŞ m.19). Yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan hasar ve zararlar sigorta kapsamında bulunduğundan, yüklenici zararlar için idareden ayrıca bir bedel isteyemez. Ancak hasar ve zararlar giderildikten sonra işe devam edilebiliyorsa yükleniciye ek süre verilir. Yüklenicinin işin yapımı

sırasında yapacağı masraflarla ilgili olarak aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa yüklenici katlanmak zorundadır (YİGŞ m. 26).

Yapı denetim görevlisi ile yüklenici inşaat sırasında tutulması gereken ataşmanlar²⁹ ile yeşil defter³⁰ gibi zorunlu defterleri doğru tutmak zorundadır. Bu belgeler ödemede esas alınacak miktarların tespitinde kullanılırlar. İşçi sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemleri yüklenicinin alması gerekir (YİGŞ m. 26)³¹.

(2) Birim Fiyatlı Sözleşmelerde İfa

Ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tarifelerine dayalı olarak, her bir iş kaleminin miktarı ile yüklenici tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan tutarların toplamı üzerinden yapılan sözleşme birim fiyatlı kamu ihale sözleşmesi olarak tanımlanabilir³².

Birim fiyatlı sözleşmelerin yapılma sebebi, sözleşme konusunu oluşturan yapım işinin tüm özelliklerinin baştan tespit edilmesindeki zorluktur. Bu yüzden birim fiyatlı kamu ihale sözleşmeleri ön veya kesin proje üzerinden yapılır. Ön proje belli bir yapımın gerekli arazi ve zemin araştırmaları yapılmadan, ÇED ve fizibilite raporları dahil elde edilen verilere dayanılarak hazırlanan plan, kesit, görünüş ve profillerin belirtildiği bir veya

²⁹ Ataşman defteri, röleve defterine kaydedilen işlerden plan ve projelerinde ölçülerin tahkik ve kontrolü mümkün olmayan işlerin, sözleşme eki şartnamelere göre zamanında tutulması gereken, tartı, yerinde ölçü, saptama ve benzeri diğer tutanakların tarihleriyle birlikte kapsadıkları konularda belirtilerek yazıldığı defterdir. Kemer, **a.g.e.**, s.167.

³⁰ Yeşil defter, her hakediş döneminde yapılan tüm metrajların toplam miktarların yazıldığı defterdir.
³¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 09.07.2012 tarihli ve E:2011/4306, K:2012/5195 sayılı Kararında; *“Taraflar arasında yapılan 12.07.2005 günlü eser sözleşmesinin sözleşmenin feshine ilişkin şartları düzenleyen 27. maddesinde; sözleşmenin idarece veya yüklenici tarafından feshedilmesine ilişkin şartlar ve sözleşmeye ilişkin diğer hususlarda 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Sözleşmenin bu hükmü delil sözleşmesi niteliğinde olduğundan görevi gereği mahkeme ve Yargıtay’ca kendiliğinden gözetilir.”* hususlarına yer verilmiştir. Buna göre sözleşmenin yürütülmesi sırasında tutulan defterler ile feshe ilişkin hususlarda öngörülen usul delil sözleşmesi niteliğindedir.

³² KİSK m. 6’da tanımı yapılmıştır.

birkaç çözümü içeren projeyi ifade etmektedir³³. Kesin proje ise, belli bir yapının onaylanmış ön projesine göre hazırlanan mümkün olan arazi ve zemin araştırmaları yapılmış olan yapı elemanlarının ölçülendirilip boyutlandırıldığı, inşaat sistem ve gereçleri ile teknik özelliklerinin belirtildiği projedir³⁴. Bu iki proje arasında yapım işinin özelliklerini gösterme bakımından kesinlik dereceleri arasında fark bulunmaktadır.

Birim fiyatlı kamu ihale sözleşmelerinde ön veya kesin projeler kesin olarak yapım işinin bütün özelliklerini ortaya koymadığından işin yapımı sırasında iş kalemlerinin miktarı değişebilir. Bu durumda birim fiyatlı sözleşmeye dayalı olarak yapılan sözleşmelerde revize birim fiyat³⁵ uygulanmasını gerekir. Sözleşmenin eki birim fiyat cetvelinde yer alan herhangi bir iş kaleminin miktarında, işin devamı sırasında % 20 yi aşan artışın meydana gelmesi ve toplam artışın aynı zamanda sözleşme bedelinin % 1'ini geçmesi halinde, artışın sözleşme bedeli içindeki payı nispetinde ilgili iş kalemlerine ait birim fiyat revize edilir ve bu iş kaleminin % 20 artışı aşan kısmına revize birim fiyat uygulanır ve ödeme bunun üzerinden yapılır. Revize birim fiyat şu formüle göre hesaplanır:

$$R = F \times [1 - (A \times F) / S]$$

$$S = \text{Sözleşmenin bedeli (TL)}$$

$$F = \text{İş kaleminin sözleşme birim fiyatı}$$

$$A = \text{İş kaleminde meydana gelen artış miktarı (m}^2, \text{ m}^3, \text{ adet)}$$

$$R = \text{Revize birim fiyat}$$

Revize birim fiyatın mantığı şudur: Aynı birimden bir birim fazla imalat yapmanın maliyeti bir önceki birim imalat için gereken maliyetten düşüktür. Birim arttıkça her sonuncu birim için gerekli olan maliyet düşer. Bu nedenle ödemede eksiltmeli şekilde davranılması gerekir.

³³ Kemer, a.g.e., s. 8.

³⁴ Kemer, a.g.e., s. 8.

³⁵ Kemer, a.g.e., s.133.

Birim fiyatlı işlerin ifasında önemli hususlardan biri de ihzarat³⁶ ödenmesidir. İhzarat, birim fiyatlı sözleşmeler ile karma sözleşmelerin birim fiyat teklif alınan iş kısımlarında, yapım işinin bünyesine giren veya herhangi bir imalat için gerekli olan malzemenin idarenin onayı ile şantiyede veya iş mahallinde depolanması işidir. İhzarat yapım işinin kesintisiz olarak devam etmesine olanak sağlar. Öte yandan fiyat dalgalanmalarının sözleşmedeki taraflar arasındaki dengenin bozulmasını engeller. İhzarat ödenmesi gereken işlerde, iş programları imalat ve ihzarat iş programı olarak düzenlenir. İhzarat iş programına uygun yapılır ve iş programında gösterilen miktardan fazla yapılan ihzaratın bedeli hak ediş hesaplanmasında dikkate alınmaz. Burada hukuken önem taşıyan husus ihzarat bedeli ödenmişse o mal idarenin malı sayılır. Dönme durumunda iade yükümünün kapsamına dahil olur.

Birim fiyatlı sözleşmelere mahsus bu özelliklerin dışında ifa konusunda anahtar teslimi götürü bedel sözleşmelerin ifasına ait açıklamalar bu sözleşme tipi için de geçerlidir.

B. İbra

1. İbra Kavramı

İbra, borcu sona erdiren sebeplerden biridir³⁷. Ancak bir sözleşme ilişkisi birden fazla borçtan oluşan borç ilişkisi barındırır³⁸. Bu sebeple, ibranın bir sözleşmeyi sona erdirebilmesi için, sözleşmeden doğan borçların tamamının ibra sözleşmesi ile sona erdirilmesi gerekir. Borçlar Kanununda borcu sona erdiren sebepler arasında ibraya yer verilmemiştir. Bununla birlikte mehz İsviçre Borçlar Kanununun 115 inci maddesinde ibra

³⁶ İhzarat, imalatta kullanılacak olan yapı malzemelerinin inşaat sahasına getirilerek depolanmasıdır. İhzaratta amaç fiyat dalgalanmalarından işin etkilenmesinin en aza indirilmesi ve işin yapımı sırasında malzeme akışını düzenli hale koymaktır. Kemer, **a.g.e.**, s.100.

³⁷ Daha geniş bilgi için bkz. K. Nuri Turanboy, **İbra Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 55 vd.

³⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 22.

kavramına yer verilmiştir. BK açısından ibra, sözleşme yapma özgürlüğünün bir parçası olarak borcu sona erdiren sebeplerden görülmüştür³⁹.

TBK'nın 132'nci maddesinde ibraya yer vermiştir. Buna göre, "*Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesi ile tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır*". İbra, benzer müesseseler olan vazgeçme ve feragatten farklıdır.

İbranın şartları kanuni tanımından ve bir sözleşme olmasından ortaya çıkmaktadır⁴⁰. İbra sözleşmesinin iki şartı vardır:

İbra sözleşmesinin kurulabilmesi için alacaklının borçluyu borcun aslı ve ferileriyle birlikte borçtan kurtarma iradesine sahip olması gerekir⁴¹. Borçtan kurtarma iradesi olmayıp sadece borcun şartları değiştiriliyor ya da borçluya borcunu ödemesi için yeni bir fırsat tanıyorsa burada ibradan söz edilemez. Meselâ, süresinde teslim edilmeyen mal alımına ilişkin bir kamu ihale sözleşmesinde idarenin süre tanıyıp teslimi talep etmesi, ibra sözleşmesi olmayıp borçluya cezalı çalışma imkânı sağlayan bir işlemdir.

İbra sözleşmesinden bahsedebilmek için borcun tamamının ortadan kaldırılması gerekli değildir. Kısmi ibra sözleşmesi mümkündür⁴². Meselâ, yapım işine ilişkin bir kamu ihale sözleşmesinde, bazı imalatların ibra sözleşmesiyle ortadan kaldırılması kısmi ibra sözleşmesine bir örnektir.

İbra, sözleşmenin taraflarından birinin irade açıklaması ile oluşmaz. Karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile geçerli bir sözleşmenin meydana gelmesi gerekir. Dolayısı ile ibra sözleşmesinin meydana gelmesinde,

³⁹ Turanboy, **a.g.e.**, s.56, Eren, **a.g.e.**, s.1270, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 574.

⁴⁰ Turanboy, **a.g.e.**, s.57.

⁴¹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 577.

⁴² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 813.

tarafkların ehliyetinin bulunması, irade sakatlığı hallerinin bulunmaması, kanuna ve sözleşmenin ahlaka ve adaba aykırı olmaması gerekir⁴³.

Asıl sözleşme şekle tabi olsa bile, ibra sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir⁴⁴. Meselâ, kamu ihale sözleşmesinde noter onayının öngöröldüğü hallerde bile bu sözleşmeden doğan borçlardan dolayı ibra sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılabilir.

İbra sözleşmesi ile asıl borç tamamen veya kısmen fer'ileri ile son bulur. Asıl borçla birlikte son bulacak bağılı borçlar arasında kefalet, rehin gibi teminatlar sayılabilir⁴⁵.

2. İbranın Kamu İhale Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkisi

İbra sözleşmesi kamu ihale sözleşmesinden doğan borçların kısmen sona ermesinde yaygın olarak kullanılan bir araçtır. Özellikle hak ediş ödemelerine itirazı olmayan yüklenici itirazını bildirmediği takdirde hakedişin içeriğini kabul etmiş sayılır. Bu husus kamu ihale sözleşmesinin bir parçası olan Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 39 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasının 3 nolu bendinin (e) alt bendinde açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre, *“Yüklenicinin geçici hak edişlere itirazı olduğu takdirde karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri, idareye vereceği ve bir örneğini de hak ediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hak ediş raporunun “idareye verilen.... tarihli dilekçemde yazılı ihtirazı kayıtlı” cümlesini yazarak imzalaması gereklidir. Eğer yüklenicinin, hak ediş raporunun imzalamasından sonra tahakkuk işlemi yapılmıca kadar yetkililer tarafından hak ediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere bir itirazı olursa hakedişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok 10 gün içinde bu itirazını idareye*

⁴³ Catharine MacMillan, **Mistakes in Contract Law**, Hart Publishing, 2010, s. 145, Eren, **a.g.e.**, s.1272.

⁴⁴ Turanboy, **a.g.e.**, s. 81.

⁴⁵ Turanboy, **a.g.e.**, s. 119.

bildirmek zorundadır. Yüklenici itirazlarını bu şekilde bildirmediği takdirde hak edişi olduğu gibi kabul etmiş sayılır.”⁴⁶

Kamu ihale sözleşmesi ibra sözleşmesinin çerçevesini oluşturmuş ve tamamlanmasını sözleşmenin uygulanması aşamasına bırakmıştır. Bunun yanında iş eksilişi durumlarında yüklenici ile idare arasında kesilen kısma ilişkin olarak ibra sözleşmesi yapılabilmektedir.

C. Yenileme

1. Yenileme Kavramı

Borcu sona erdiren sebeplerden yenileme (tecdit) TBK'nın 133 üncü maddesinde (BK m.114) hükme bağlanmıştır. Anılan hükümlerde yenilemenin bir tanımı yapılmamış, kavramın içinin doldurulması doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Doktrinde yenileme “*mevcut bir borcun yeni bir borç yaratmak suretiyle sona erdirilmesi*” olarak tanımlanmaktadır⁴⁷. Bu tanımlamaya göre mevcut borcun içeriğinin değiştirilmesi yada borç ilişkisinin tarafının değiştirilmesi yenileme olarak kabul edilemez.

Mevcut borç ilişkisi yenileme ile birlikte aslı ve fer'ileriyle beraber sona erer⁴⁸. Ancak mevcut borç ilişkisine ilişkin olarak, üçüncü kişiler tarafından verilen teminatların yeni meydana getirilen borç için devam etmesi üçüncü kişinin kabulüne bağlıdır⁴⁹. Bunun istisnası, cari hesaplar için TBK'nın 134/son maddesinde öngörülmüştür (BK m. 115). Mevcut borcun sona ermesi ile buna bağlı olarak ileri sürülebilecek def'i ve itirazlarda ortadan

⁴⁶ Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 18.02.2013 tarihli ve E:2012/1471, K:2013/1058 sayılı Kararında,“*Davalı iş sahibi temerrüde düşen yükleniciden gecikme cezası kesmekte haklı olduğu gibi esasen YİGŞ'nin az yukarıda değinilen hükümlerine uygun biçimde ceza kesintisi yapılan hakedişlere usulüne uygun itirazı kaydı bulunmadığından cezanın iadesine karar verilmesi doğru olmamıştır.*“ hususlarına yer verilmiştir. (Yayınlanmamış Karar).

⁴⁷ Eren, **a.g.e.**, s.1263, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 579. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Tennur Koyuncuoğlu, **Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.

⁴⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 817.

⁴⁹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 355, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 585.

kalkar⁵⁰. Yeni borç için bunlar ileri sürülemez, borçla ilgili zamanaşımı süresi ve def'iler yeni borçtan itibaren başlar⁵¹.

2. Yenilemenin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi

Kamu ihale sözleşmesinde yer alan değişmezlik ilkesinin sonuçlarından biri de idarenin veya yüklenicinin kendi iradesi ile borcu yenileme imkânına sahip olmamasıdır. 4735 sayılı Kamu İhale Kanununda yer alan, sözleşmede değişiklik yapılmasına ilişkin hükümlerin izin verdiği hususlar yenileme anlamına gelmez. Anılan Kanunun üçüncü bölümünde yer alan ve sözleşme değişikliklerine ilişkin hükümler incelendiğinde borçlar hukuku anlamında yenilemeden söz edilemeyeceği görülür.

Meselâ, "Sözleşmede değişiklik yapılması" başlıklı 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 15 inci maddesine göre işin teslim veya yapılma yerinin değiştirilmesi veya ödeme şartlarının değiştirilmesi hususunda mevcut borcun sona erdirilmesi ve yeni bir borç meydana getirme iradesi bulunmaz.

Sözleşmenin devrinde tarafın değişmesi veya yüklenicinin ölümü, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti durumunda sözleşme tarafının değişmesi durumlarında yine yenilemenin unsurlarına rastlamak zordur. Yenileme ancak kamu ihale sözleşmesinden doğan her bir borç için düşünülebilir. Meselâ idarede bulunan hak ediş alacağını teminat olarak kullanmak isteyen kişi idare ile borcu arasındaki hukukî sebebi değiştirerek yenileme yapmış sayılabilir⁵². Buradaki ikili ilişkide hakediş alacağına ilişkin def'i ve itirazlar teminat sözleşmesi için kullanılamaz. Ayrıca her bir def'i ve itirazlar mevcut borç ve meydana getirilen yeni borç için ayrı ayrı ileri sürülebilir.

⁵⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 817, Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 355.

⁵¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1267.

⁵² Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği, Sıra No:15, 20.02.2004 tarihli ve 25379/Mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

D. Takas

1. Takas Kavramı

İki kişinin karşılıklı ve aynı cinsten vadesi gelen borçlarının, taraflardan birinin tek taraflı irade açıklaması ile, birbirini karşıladığı oranda sona erdirilmesine takas denir⁵³. Takas borcu ve borç ilişkisini sona erdiren sebeplerdendir.

2. Takasın Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

Kamu ihale sözleşmelerinde takas, sözleşmeden doğan alacakların idare ile yüklenici arasında takas beyanı ile sona erdirilmesini ifade eder. Gerçekten de idare ile yüklenici arasındaki, hak ediş alacağı ile idareye olan borcun takas edilmesinde engel bulunmamaktadır. Yüklenicinin idareye karşı olan borcu mevcut kamu ihale sözleşmesinden doğabileceği gibi, farklı nedenlerden de doğabilir. Bu husus hakediş bedeline karşı takas beyanında bulunulmasına engel değildir.

Kamu ihale sözleşmelerinde önemli hususlardan biri de, idareye verilen kesin teminatlar ile ek kesin teminatların takas beyanına konu olup olamayacağıdır. Yüklenici tarafından idareye verilen kesin teminatlar, yüklenicinin sözleşmeden doğan edimlerini garanti altına almaya yönelik olup, ancak sözleşmede ve kanunda yazılı sebeplerin gerçekleşmesi üzerine hazineye gelir kaydedilebilir. Buna göre yüklenicinin borcuna karşılık idare, elinde bulunan teminata takas beyanında bulunamaz.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, Eren, **a.g.e.**, s.1274, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.605, Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 316.

E. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

1. Kavram

Bir borç ilişkisinin varlığı için mutlaka iki tarafın bulunması gerekir. Alacaklı ve borçlu, borcun meydana gelmesi için zorunlu unsurdur. Bu nedenle alacaklı ve borçlusu aynı kişi olan borç sona erer. Müessesese BK'nın "Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi" başlıklı 116 ncı maddesinde, TBK'nın "Birleşme" başlıklı 135 nci maddesinde yer almıştır. Buna göre, *"Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi ile borç sona erer."*

2. Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi ile asıl borç fer'ileri ile birlikte sona erer. Bununla birlikte kanun koyucu taşınmaz rehni ipotekli borç senedi ve irat senedi ile temin edilmiş borçlarda alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmeleri bu teminatları kendiliğinden sona erdirmez⁵⁴. Teminatların sona ermesi için terkin gerekir⁵⁵. Benzer bir hüküm kıymetli evrak hukukunda da bulunmaktadır. Buna göre poliçe, borçlusuna ciro edilebilir ve borçlu bu poliçeyi kendisi de ciro edebilir. Böylece alacaklı ve borçlu sıfatı birleştiği halde borç sona ermeden tekrar ciro edilmesi imkânı sağlanmış olmaktadır. Eğer alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesine neden olan olgu ortadan kalkarsa borç yeniden canlanır⁵⁶.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi yoluyla kamu ihale sözleşmesinden doğan borçların sona ermesi pratikte pek görülmez. Ancak kamu ihale sözleşmesinin karşı tarafı olan yüklenicinin aynı idare tarafından Anayasamıza uygun şekilde devletleştirilmesi durumunda alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sebebiyle kamu ihale sözleşmesi sona erer.

⁵⁴ Eren, **a.g.e.**, s.1269.

⁵⁵ Eren, **a.g.e.**, s.1269.

⁵⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 587.

F. Kusurlu İmkânsızlık

1. Kavram

Kusurlu imkânsızlık, kamu ihale sözleşmelerinin ifa edilmesini engelleyen olgulardan birisidir. Karşılıklı edim yükümünü içeren sözleşmelerde kusurlu imkânsızlık, edim yükümüne bağlı olarak her iki taraf için de gerçekleşebilir. Bu başlık altında inceleyeceğimiz kusurlu imkânsızlık, yükleniciden kaynaklanan sebeplerle borcun ifasının imkânsız hale gelmesini içermektedir.

Kusurlu imkânsızlık, borcun ihlalinin bir halini oluşturur. Kusurlu imkânsızlık kavramı, sözleşmenin kurulmasından sonra borçlunun kusurlu bir davranışla, edimi sürekli ve kesin olarak ifasının imkânsız hale getirmesini ifade eder⁵⁷. İfanın imkânsızlığı, mantık açısından, hukukî açıdan ya da fiili açıdan söz konusu olabilir.

Sonraki kusurlu imkânsızlık borcun ihlalidir. Bu sebeple, sonraki kusurlu imkânsızlık sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğun doğmasına yol açar.

2. Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

Kusurlu imkânsızlık, kamu ihale sözleşmelerinden doğan edimlerin ifa edilmesini engelleyen, sözleşmenin imzalanmasından sonra borçlu yüklenici tarafından ifanın imkânsız hale getirilmesidir. Meselâ, imalât süreci gerektiren bir mal alımı sözleşmesinde malın imalâttan sonra tesliminin imkânsız hale gelecek şekilde tahrip olmasına, yüklenicinin fiili neden olmuşsa burada sonraki kusurlu imkânsızlık söz konusu olur.

⁵⁷ Eren, a.g.e., s.1036.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, bazı özel kusurlu imkânsızlık hallerini düzenleme gereği duymuştur. Anılan Kanunun 19 uncu maddesinde yer alan, yüklenicinin malî aczi nedeniyle kamu ihale sözleşmesinin feshinde, borçlunun kendi fiili ile ifanın imkânsız hale getirilmesinde sözleşmenin sona erdirileceği belirtilmiştir. Feshin sonucu olarak ise, borçlunun temerrüdünün hükümleri uygulanır. Ancak, bu durumda aynen ifa ve gecikme tazminatı istenmesi mümkün bulunmamaktadır.

Kusurlu imkânsızlık sebebiyle kamu ihale sözleşmesinin sona erdirilmesinde, öncelikli olarak anılan Kanun uygulama alanı bulur. Ancak, söz konusu Kanunda hüküm bulunmayan kusurlu imkânsızlık hallerinde Türk Borçlar Kanununda yer alan borcun ihlaline ilişkin hükümler uygulanır.

III. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNDA YER ALAN SONA ERME SEBEPLERİ

A. Sözleşmenin İzinsiz Devri

1. Genel Olarak

Sözleşmenin devri, sözleşme imzalandıktan sonra yüklenicinin değişmesini ifade eder⁵⁸. Bu değişiklik gerçek veya tüzel tek kişiden oluşan tarafın değişmesini ifade edebileceği gibi, konsorsiyum veya iş ortaklıklarında ortaklık yapısının, yani ortaklığı oluşturan gerçek veya tüzel kişilerden bir veya bir kaçının değişmesi ile oluşan yeni durumu kapsar⁵⁹.

Sözleşmenin devri TBK m. 205'te düzenlenmiş yeni bir müessesedir. Daha önce borcun nakli ve alacağın temlikî hükümleri çerçevesinde değerlendirilen devir sözleşmesi, bu düzenlemeyle TBK m. 205 çerçevesinde değerlendirilir hale getirilmiştir.

⁵⁸ Hasan Ayrancı, *Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 34.

⁵⁹ Kaplan, *a.g.e.*, s. 379, Bilir, *a.g.e.*, s. 151.

Genel olarak sözleşmenin devri sözleşmeye ait bütün hak ve borçların bir başka kişiye devredilmesi anlamına gelir⁶⁰. Bu anlamda sözleşmenin devri borcun nakli ve alacağın temliki işlemlerini içerir⁶¹. Kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin devredilmesi, önceki taraf için sözleşme sona erdirilmiş olur. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu döneminde sözleşmenin devri müessesesinin “ihale komisyonculuğu”⁶² şeklinde uygulanması kamuoyunda büyük rahatsızlıklara neden olmuştur. Dolayısı ile sözleşmenin devrine ilişkin olarak emredici kurallar getirilmesinin birinci nedeni bu tarihsel sebeptir⁶³. İkinci olarak, sözleşmenin devri ile sözleşmenin yerine getirilmesinde yeterliği olmayan kişilerin kamu ihale sözleşmesinin tarafı olması engellenmeye çalışılmıştır.

2. Kamu İhale Sözleşmesinin Devrinin Şartları

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, sözleşmenin devrinde hem devreden hem de devralan yüklenici ile idare açısından sınırlamalar getirmiştir⁶⁴. Kamu ihale sözleşmesinin devri, devreden yüklenici açısından sözleşmeyi sona erdirir, yeni yüklenici sözleşme ile bağlı kalmaya devam eder. Diğer taraftan, Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip sözleşme tasarılarında ve ihale dokümanlarında, sözleşmenin devri durumunda, devreden yüklenicinin sorumluluğunun devamına ilişkin bir sözleşme hükmü bulunmamaktadır. Gerçekten de, Kamu İhale Genel Tebliğinin sözleşmenin devrini düzenleyen 27 nci maddesinde ve kamu ihale sözleşmesinin bir parçası olan Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 46 ncı maddesinde sadece devrin nasıl yapılacağına ilişkin hükümler bulunmakla birlikte sorumlulukla ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁵. Bu sebeple, Türk Borçlar

⁶⁰ Ayrancı, **a.g.e.**, s. 37.

⁶¹ M. Kemal Oğuzman/M.Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 598.

⁶² Kanunun genel gerekçesi, www.tbmm.gov.tr, E.T. 11.12.2009.

⁶³ Bilir, **a.g.e.**, s.152.

⁶⁴ Kaplan, **a.g.e.**, s.380.

⁶⁵ YIGŞ m. 46’da, Kanunda yer alan sözleşmenin devri şartlarına aynen yer verilmiş ek bir açıklama ya da hükme yer verilmemiştir. Devre ilişkin hususlar KİGT’de yer almaktadır.

Kanunu m. 205 sorumluluğun kapsamını belirlemektedir. Buna göre devralan yüklenici devreden yüklenicinin bütün hak ve borçlarını devralır. Sözleşmenin devrinde, üçlü bir sözleşme ilişkisinden bahsetmek yerinde olur. Birinci sözleşme ilişkisi, mevcut kamu ihale sözleşmesine ilişkin olarak devreden yüklenici ile idare arasındaki ilişkidir. İkinci sözleşme ilişkisinde ise, devreden yüklenici ile devralan yüklenici arasındaki öneri ve kabule dayanan devir sözleşmesi söz konusudur.

İdarenin kamu ihale sözleşmesinin devrinde tek taraflı bir yetkisi bulunmamaktadır. Kamu ihale sözleşmesinin devri bu ikinci devir sözleşmesine dayanır. Bu devir sözleşmesinin içeriği ile ilgili olarak herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Devir sözleşmesi devreden yüklenici ile devralan yüklenici arasında kurulur ve idarenin onayı ile geçerli hale gelir. İdarenin onayı bulunmaksızın yapılan devir sözleşmesi, baştan imkânsızlık nedeni ile kesin hükümsüzlükle sakatlanır. Üçüncü sözleşme ilişkisi ise, idare ile devralan yüklenici arasında kurulur.

Bir kamu ihale sözleşmesi sona erene kadar kaç defa devredileceğine ilişkin bir sınırlama yoktur. Öte yandan, Kamu İhale Genel Tebliğinin 27.3 maddesinde, kamu ihale sözleşmesinin devir tarihinin, devralan yüklenici ile idare arasında yapılan kamu ihale sözleşmesinin noter tarafından onaylandığı tarih olduğu belirtilmiştir. Burada, ihale dokümanında noter onayı öngörülmeleyen kamu ihale sözleşmeleriyle ilgili olarak, devir durumunda yeni bir şekil şartı öngörülmektedir. Anılan düzenlemeye göre kamu ihale sözleşmesi noter onayınca tabi tutulmuş olup olmamasına bakılmaksızın, devralan yüklenici ile idare arasında yapılan kamu ihale sözleşmesinin notere onaylatılması gerekir. Burada dikkati çeken husus, baştan noter onayına ihtiyaç duyulmamışsa, sonradan noter onayına ihtiyaç duyulmasıdır. Diğer taraftan, kısmi teklife açık gerçekleştirilen bir ihalede, bir yüklenici ile birden fazla sözleşme yapılan durumlarda, devreden sözleşmelerin tamamını veya sadece sözleşmelerden birini bir tek istekliye devredebilir. Devir alan yüklenici de sadece aynı devreden yüklenicinin tüm sözleşmelerini veya

sözleşmelerinden birini devralabilir, birden fazla yüklenicinin sözleşmelerini devir alamaz (KİGT m.27.4). Bu sınırlamaların dışında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundan doğan devir için gereken temel şartlar bulunmaktadır. Bu şartlar kamu ihale sözleşmesinin devrinin aslî unsurlarıdır ve dört başlık altında incelenebilir.

a. Kamu İhale Sözleşmesinin Devri İçin Zorunlu Hal Bulunmalıdır

Kamu ihale sözleşmesi, tarafların serbest iradesi ile devredilemez. Devir için mutlaka bir zorunluluk bulunmalıdır. Bu zorunluluk, sözleşmenin yerine getirilmesi amacına uygun bir zorunluluktur. Diğer bir deyişle kamu ihale sözleşmesinin devri için, sözleşmenin ifasını engelleyen olguların ortaya çıkması gerekir⁶⁶. Zorunluluk, yükleniciden kaynaklanabileceği gibi sözleşmenin konusundan da kaynaklanabilir. Yükleniciden kaynaklanan sebeplere, ortak girişimlerde ortaklık yapısının değişmesi, yüklenicinin malî veya teknik imkânlarının sözleşmenin ifası konusunda yetersiz olması sayılabilir. Sözleşme konusundan kaynaklanan zorunluluğa ise, fikrî veya sınai mülkiyet hakkından kaynaklanan özel durumlar nedeni ile ifanın gecikecek olması veya zorlaşması durumu örnek gösterilebilir.

b. İhale Yetkilisi İzin Vermelidir

İzinden maksat, devir sözleşmesinin geçerli olması için verilen bir izindir. İzin devir sözleşmesinden önce alınması gerekir. İhale yetkilisinin devir sözleşmesine izninin olması gerekir⁶⁷. İzin sonradan tamamlanamaz. Çünkü, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16 ncı maddesinin son cümlesinde izin olmaması durumu bu sözleşmenin feshi nedeni olarak öngörülmüştür. İhale yetkilisinin izni, kamu ihale sözleşmesinden ayrılabilir

⁶⁶ Bilir, **a.g.e.**, s.155.

⁶⁷ Kaplan, **a.g.e.**, s.380.

nitelikte idarî bir tasarruftur⁶⁸. Bu hususta Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu TBK m. 205'ten ayrılmaktadır.

c. Devralan Yüklenicide Devreden İle Aynı Şartlar Bulunmalıdır

Devredenle devir alan yüklenicide aynı şartların bulunması, ihale dokümanında aranan yeterlik kriterleri dikkate alınarak değerlendirilir⁶⁹. Bu kriterler ekonomik ve malî yeterlik, mesleki ve teknik yeterlik ve hukukî duruma ilişkin yeterlik (yasaklılık, ihaleye katılma engelleri vs.) olarak üç grupta toplanmaktadır. Devir alanın bu üç grupta, ihale dokümanında belirlenen şartları karşılaması gerekir⁷⁰. Diğer taraftan, ticari işletmenin adı veya unvanındaki değişiklik ile işletmenin nev'inde meydana gelen değişiklik sözleşmenin devri olarak nitelenemez⁷¹. Yüklenicinin iş ortaklığı ya da konsorsiyum olduğu sözleşmelerde, iş ortaklığına veya konsorsiyuma yeni bir ortağın girmesi veya ortaklıktan, özel ortaklardan birinin ayrılması durumunda yeni ortaklık durumuyla kamu ihale sözleşmesine devam edilebilmesi için sözleşmenin devrine ilişkin işlemlerin yapılması gerekir. Bu anlamda devralan ortaklığın yeterliliğinin de ihaledeki şartları taşıması gerekir⁷².

d. Kamu İhale Sözleşmesinin Devrini Takibeden Üç Yıl İçinde Başka Sözleşme Devredilmemiş veya Devralınmamış Olmalıdır

Bir kamu ihale sözleşmesini devreden yüklenici, devir tarihinden itibaren üç yıl içinde başka bir kamu ihale sözleşmesini devredemez veya devralamaz⁷³. Bu yasak kamu ihale sözleşmesini devreden yüklenici

⁶⁸ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s.515.

⁶⁹ Bilir, **a.g.e.**, s.156.

⁷⁰ Bilir, **a.g.e.**, s.156.

⁷¹ İ. Yılmaz Arslan/ Mevci Ergün, **Ticaret Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Ekin Yayınları, 2007, s. 59., Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 16. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2012, s. 265 vd.

⁷² Bilir, **a.g.e.**, s.157.

⁷³ Bilir, **a.g.e.**, s.157.

açısından öngörölmüş bir yasaktır (KİGT m. 27). Bir kamu ihale sözleşmesini devralan yüklenici başka bir sözleşmeyi devredebilir⁷⁴. Gerçekten de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “*aynı yüklenici tarafından*” ibaresi yasağın devreden yüklenici açısından olduğunu ortaya koymaktadır.

3. İzinsiz Devrin Hüküm ve Sonuçları

Sözleşmenin devrinin sonuçlarını iki kısımda incelemek yerinde olur: Birinci olarak, devir şartlarının oluşması üzerine sözleşmenin devredilmesi durumunda meydana getireceği sonuçlar usulsüz devirden farklıdır. Olağan devir olarakda nitelendirilebilecek bu durumda, kamu ihale sözleşmesi devreden yüklenici açısından ileriye etkili olarak sona erer. Aksi durum dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz⁷⁵. Devir alan yüklenici açısından devir tarihinden itibaren kamu ihale sözleşmesinden doğan yükümlülükler uygulama alanı bulur.

Devralan yüklenici ile yapılan sözleşmede, yüklenici kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Devir tarihi devralan yüklenici ile idare arasında yapılan sözleşmenin noter tarafından onaylandığı tarihtir.

İkinci olarak, devir şartları oluşmadığı halde, kamu ihale sözleşmesinin devredilmesi halidir. Burada, hem kamu ihale sözleşmesini izinsiz devreden hem de izinsiz devir alanlar için yaptırım öngörölmüştür. Buna göre, izinsiz devreden veya devir alanlar ile süre yasağına uyulmaması halinde sözleşme sona erdirilerek, kesin teminatı gelir kaydedilir. İzinsiz devredenler ile devir alanlar hakkında ihalelere geçici olarak katılmaktan yasaklama kararı verilir

⁷⁴ Kaplan, **a.g.e.**, s.380.

⁷⁵ Dürüstlük kuralları (Latince=Bona Fides, İngilizce=Good Faith) Alman hukukunda, “ tarafların sözleşme ilişkilerindeki gölgelerle ilgili yargısal giriş kapısı” olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle dürüstlük kuaralları sözleşmeye müdahale etmede hakime yetki veren ortak bir anlayışı yansıtır. Werner F. Ebke, Bettina M. Stein Hauer, “**The Doctrine of Good Faith in German Contract Law**”, Cited from Zimmermann, Reinhard; Whittaker, Simon, **Good Faith in European Contract Law**, Cambridge University Press, 2008. s.13.

(KİSK m.16). Buradaki yaptırımların odak noktası devreden yüklenici ile devir alan yüklenici arasındaki devir sözleşmesidir. Devir sözleşmesi açık olabileceği gibi gizli olarak ta yapılmış olabilir. Meselâ, kamu ihale sözleşmesinin tarafı olan yükleniciden başka birinin (alt yüklenici çalıştırma yasağı öngörülmüş işlerde) işin tamamını veya bir kısmını yapması bu anlamda değerlendirilebilir.

Devir yasağına aykırı olarak, sözleşmenin devredilmesi halinde, tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır⁷⁶. Her ne kadar kanun koyucu burada, “fesh” kavramını tercih etmiş olsa da bunun edimin ani ya da sürekli olup olmamasına göre fesh ya da dönme olarak anlaşılması gerekir. Sözleşmenin sona ermesiyle ilgili olarak, idare devrin tespit tarihinden itibaren yedi gün içinde fesh kararı alır ve beş gün içinde yükleniciye tebliğ eder (KİSK m. 22). Ancak sözleşmenin sona erme tarihi devrin tespit edildiği tarihtir. Bu husus feshin ya da dönmenin yenilik doğurucu bir hak olması niteliği ile bağdaşmamaktadır. Yenilik doğuran hakların ortak özelliği olan, karşı tarafa ulaştıktan sonra hüküm ve sonuçlarını doğurma ilkesi terk edilmiştir⁷⁷. Özellikle burada idare tarafından tek taraflı olarak belirlenecek devrin tespit tarihi karşı tarafın haklarını ve hukukî güvenliğini ihlal eder niteliktedir. Bu anlamda idare açısından hakkın kötüye kullanılması ilkesi dengeyi sağlayabilecek bir araç olarak kullanılabilir. İzinsiz veya şartlara uymayan devrin sonuçları;

- (i) Sözleşmenin sona erdirilmesi,
- (ii) Kesin ve ek kesin teminatların güncellenerek gelir kaydedilmesi,
- (iii) Kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklama,

olarak özetlenebilir⁷⁸.

⁷⁶ Bilir, **a.g.e.**, s. 158.

⁷⁷ Öztan, **a.g.e.**, s. 69.

⁷⁸ Kaplan, **a.g.e.**, s. 380.

B. Yüklenicinin Ölümü, İflâsı, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti Sebebiyle Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi

1. Genel Olarak

Kamu ihale sözleşmesinin ifasına engel durumların varlığı, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmenin sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir⁷⁹. Gerçek kişilere mahsus olan ölüm, ağır hastalık, tutukluluk ve mahkûmiyet halleri ile, hem gerçek hem de tüzel kişiler için söz konusu olan iflâs hali sözleşmenin sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir⁸⁰. Genel olarak sözleşme ilişkilerinde geçerli olan küllî halefiyet ilkesi⁸¹ kamu ihale sözleşmelerinde sınırlı olarak kabul edilmiştir. Burada amaç, kamu ihale sözleşmesinin konusunun kamu hizmeti sunulmasında taşıdığı önemdir. Sözleşme ilişkisinde yüklenici açısından korunması gereken hukukî menfaat ile kamu yararı arasındaki tercih kamu yararından yana kullanılmıştır. Aslında idarenin üstün gücünü teyit eden bu yaklaşım tarafların eşitliği ilkesinin istisnalarından birini oluşturmaktadır.

2. Sebepleri

Yüklenicinin ölümü, iflâsı, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti nedenleri ile kamu ihale sözleşmesinin feshinde, bu haller sözleşmenin feshedilmesinde birer sebep olarak kabul edilmiştir. Bu olguların sebep olarak değerlendirilmesinin nedeni ise, her bir olgunun gerçekleşmesi ile sözleşmenin sona ermesinin mümkün olmamasıdır. Bu sebepler üç başlık altında gruplandırılabilir:

⁷⁹ Kaplan, **a.g.e.**, s. 380.

⁸⁰ Bilir, **a.g.e.**, s. 160.

⁸¹ Bilge Öztan, **Miras Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s. 16.

a. Yüklenicinin Ölümü

TMK m. 28, ölüm olayına kişiliğin sona ermesi sonucunu bağlamıştır. Buna göre, “*Kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.*” Kamu ihale sözleşmelerinde ölüm olayı, sözleşmeyi sona erdiren bir olay olarak nitelendirilmiştir⁸². Ancak TMK m. 31’de yer alan “ölüm karinesi” veya “gaiplik” durumlarında sözleşmenin feshine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki ölüm karinesi ve gaiplik, sözleşmenin yerine getirilmesinde en az ölüm kadar etkili bir tesir meydana getirir⁸³. Dolayısıyla 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 17 nci maddesinin genel bir anlayış çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerekir. Diğer taraftan tüzel kişiliğin diğer sona erme halleri de⁸⁴ anılan hükümde yer almalıdır.

b. Yüklenicinin İflâsı

İcra ve İflâs Kanunu (İİK) m. 154 vd. düzenlenen iflâs⁸⁵, asliye mahkemesi tarafından iflâsına karar verilen kişinin (müflis), haczi mümkün olan bütün mal varlığının paraya çevrilmesi yoluyla, alacaklılarının tatmin edilmesini sağlayan bir icra yöntemidir.

İflâsın ilân edilmesi tüzel kişiliği sona erdirmez, ancak tasfiye amacıyla sınırlı bir faaliyet alanı sağlar. Bu sınırlı faaliyet sadece iflâsa özgü olmayıp, TMK m. 52 gereğince bütün sona erme sebepleri için geçerlidir. Diğer taraftan gerçek kişi tacirin iflâs etmesi halinde haczedilebilir malları üzerindeki tasarruf yetkisi iflâs masasına geçer⁸⁶. İflâsın kamu ihale sözleşmesinin ifasını engelleyen bu etkisinden dolayı, yüklenicinin iflâsı

⁸² Bilir, **a.g.e.**, s. 162.

⁸³ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 28.

⁸⁴ Oğuzman et al, **a.g.e.**, s. 208.

⁸⁵ Pekcanitez et al, **a.g.e.**, s. 321.

⁸⁶ İflâs idaresi iflâs masasının kanuni temsilcisi olarak işlem yapmaya yetkilidir. Pekcanitez et al, **a.g.e.**, s. 328.

sözleşmesinin sona erme sebebi sayılmıştır. Kural olarak diğer sözleşmelerde taraflardan birinin iflâsı sözleşmeyi sona erdirmez, fakat kamu ihale sözleşmelerinde farklı bir tercih benimsenmiştir. Burada önemli bir husus da sözleşmenin fesih tarihidir. Yüklenicinin iflâs etmesi durumunda uygulanacak usûl bakımından 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 ve 22 nci maddelerinde yer alan hükümlerin uygulanacağı belirtilse de, söz konusu hükümler iflâs müessesesinin yapısına pekte uyum göstermemektedir⁸⁷.

c. Yüklenicinin Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti

Ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyet halleri gerçek kişilere özgü kamu ihale sözleşmesinin sona erme halleridir. Bu hallerin kamu ihale sözleşmesini sona erdirebilmesi için “yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi” söz konusu olmalıdır. Aksi durumda, kamu ihale sözleşmesi bu sebeplerle sona erdirilemez. Şahsi edim yükümü içeren sözleşmelerde, ağır hastalık tutukluluk veya mahkûmiyet edimin yerine getirilmesini imkânsız hale getirirken, yüklenicinin şahsının çnem taşımadığı haller ifayı zorlaştırabilir ancak imkânsız hale getiremez. Dolayısı ile yüklenicinin ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti nedeni ile sözleşmenin yerine getirilmesinde zorluk veya imkânsızlık bulunması halinde özel hüküm-genel hüküm ilişkisi nedeni ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 17 nci maddesinin uygulanması gerekir.

3. Yüklenicinin İflâsının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

Yüklenicinin iflâs etmesi halinde, sözleşme feshedilerek yüklenicinin kesin teminatı ve ek kesin teminatları güncellenerek gelir kaydedilir, ancak

⁸⁷ Bilir, a.g.e., s.163.

kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklama kararı verilmez⁸⁸. Her ne kadar Kanunda “fesih” kavramı kullanılmışsa da, sözleşmenin sona ermesinde, ani edimli veya sürekli edim yükümü içeren sözleşme olup olmamasına göre ayırım yapılmalıdır. İflâs halinde uygulanacak hükümlerle ilgili olarak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 ve 22 nci maddelerine yapılan atıf yerinde değildir. Atıf yapılan hükümde, yüklenicinin kusuruyla edimi yerine getirmemesi hali, yüklenicinin malî aczi ve sözleşmeden önce yüklenici tarafından yapılan yasak fiil ve davranışlar nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi hali ile aynı sonuçları, iflâs durumunda fesih hali için de geçerli kılınmıştır. İflâs halinde sözleşmenin feshi ile ilgili olarak kanun koyucu, idareye durumun tespitinden itibaren yedi gün içerisinde karar alması ve beş gün içerisinde yükleniciye bildirilmesi şartı ile en az 10 süreli bir ihtar gönderilmesini aranmıştır. Bu husus Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 49 uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde de aynen yer almıştır⁸⁹. Bu düzenlemenin iflâsın etkisi ile bağdaşır bir tarafı yoktur.

Kanaatimizce, yukarıdaki hükümlerin iflâs müessesesiyle bağdaşır şekilde anlaşılması için, iflâsın açılması ile birlikte, idarenin sözleşmenin feshine ilişkin kararını, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22 nci maddesinin birinci fıkrasına göre alarak anılan Kanunun 20 nci maddesinin son fıkrasına göre sözleşmenin feshedildiği ve hesabın genel hükümlere göre tasfiye edileceğini bildirmesi gerekir. Ayrıca kesin teminat ve ek kesin teminatların yine aynı Kanunun 22 nci maddesine güncellenerek gelir kaydedildiği, varsa eksik kalan kısmın iflâs masasından alacak olarak kaydedilmesini içeren beyanının iflâs masasına bildirilmesi gerekir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 17 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde aynı Kanunun 20 ve 22 nci maddelerine yapılan atıf, sadece iflâsın sözleşmenin sonucuna etkisi itibarı ile

⁸⁸ Bilir, **a.g.e.**, s.164.

⁸⁹ YİĞŞ m. 49 kamu ihale sözleşmesinin bir hükmüdür. Dolayısı ile uygulama kabiliyeti sınırlıda olsa ortaya çıkan uyuşmazlıkta uyulması gereken bir husustur.

uygulanabilir. Yoksa orada yer alan şeklin, iflâs nedeni ile fesih haline uygulama imkânı bulunmamaktadır.

4. Yüklenicinin Ölümünün Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

Kural olarak yüklenicinin ölümü halinde kamu ihale sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erer. İdare ile yüklenici arasındaki hesabı, fesih tarihine kadar ifa edilen edimlerle ilgili olarak dürüstlük kurallarına göre tasfiye edilir. Yüklenicinin kesin teminatı ve ek kesin teminatları mirasçılara verilir. Bununla birlikte eğer yüklenici ile aynı yeterlik şartlarını taşıyan mirasçılar ölüm tarihini izleyen 30 gün içerisinde idareye başvurması halinde kamu ihale sözleşmesi devir şartları gözetilerek mirasçılara devredilebilir. Burada devir için zorunlu hal şartı ölüm hali olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla sözleşmenin mirasçılara devri için “zorunlu hal” dışındaki şartların aranması gerekir.

5. Yüklenicinin Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyetinin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi

Kamu ihale sözleşmesinden doğan edimlerin ifasının yüklenicinin kusurundan kaynaklanan nedenlerle imkânsızlaşması hali ile yüklenicinin kusur olmaksızın imkânsızlaşma hali, farklı hukukî sonuçlara tabidir⁹⁰. Bu anlamda ölüm halinde sözleşmenin feshine bağlanan hukukî sonuçlar ile iflâs, tutukluluk veya mahkûmiyet halinde sözleşmenin feshinin sonuçları farklı olur. Ancak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununu çıkarılırken yapılan bir özensizliği ortaya koymak yerinde olur. Ağır hastalık hali ile tutukluluk veya mahkûmiyet halinin aynı hukukî sonuçlara tabi tutulması bu özensizliğin eseridir. Gerçekten de düzenleme mantığı, ölüm ile ağır hastalık halinde sözleşmenin feshinin aynı hukukî sonuçlara tabi olmasını

⁹⁰ Bilir, a.g.e., s.165.

gerektirirken, ağır hastalığın tutukluluk ve mahkûmiyet hali ile bir tutulması adalet duygusunu rencide etmektedir. Kanun koyucunun buradaki idaresini sözleşme konusunun yerine getirilmesindeki kamu yararında aramak gerekir.

Yüklenicinin ağır hastalığı, tutukluluğu ve hürriyetini kısıtlayan bir cezaya mahkum olması halinde iki sonuç ortaya çıkar: Birinci olarak, ağır hastalık, tutukluluk ve hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olunması halinin ortaya çıkmasından itibaren 30 gün içerisinde yüklenici tarafından teklif edilecek ve idarece kabul edilecek birinin vekil olması şartı ile yüklenici taahhüdünü yerine getirmeye devam edebilir⁹¹. İkinci olarak, yüklenicinin kendi iradesiyle vekil tayin edebilecek durumda olmaması halinde, ilgililerce 30 gün içerisinde TMK hükümlerine göre yasal temsilci atanması istenebilir. Burada ilgililerden kasıt TMK m. 404 vd. maddelerinde yer alan idareler, noterler, adli makamlar veya ilgilinin kendisidir. Yasal temsilci atanamayan hallerde kamu ihale sözleşmesi feshedilir ve iflâs halinin kamu ihale sözleşmelerine etkisi aynen burada da uygulanır.

6. Yüklenicinin Ortak Girişim Olması Halinde Ölüm, İflâs, Ağır Hastalık, Tutukluluk veya Mahkûmiyetin Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi

Kamu ihale sözleşmelerinde ortak girişimden kasıt konsorsiyum ve iş ortaklığıdır. Konsorsiyum ve iş ortaklığı borçlar hukuku anlamında adi şirkettir⁹². Dolayısıyla ortaklığı oluşturan ortaklar sözleşmenin yerine getirilmesinden müştereken ve müteselsilen sorumludur. Bunun için ortak girişimlerde ölüm, iflâs, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyet halini ayrıca düzenleme gereği duyulmuştur. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ortaklardan birinin ölümü, iflâsı, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti kural olarak kamu ihale sözleşmesini sona erdirmez⁹³. Biz bu ayrımı iş ortaklığını oluşturan ortaklardan pilot ortak veya özel ortak olma

⁹¹ Kemer, **a.g.e.**, s.74.

⁹² Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku**, 5. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2007, s. 23.

⁹³ Bilir, **a.g.e.**, s.166.

durumu ile konsorsiyumlarda koordinatör veya özel ortak durumunu dikkate alarak açıklayacağız.

a. Pilot veya Koordinatör Ortağın Ölümü, İflâsı, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti

Kural olarak pilot veya koordinatör ortağın iflâsı, ağır hastalığı, tutukluluğu ve mahkûmiyeti veya dağılması durumunda sözleşme feshedilir ve yukarıda “Yüklenicinin İflâsının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi” başlığı altında irdelenen sonuçlar meydana gelir. Ancak pilot veya koordinatör ortağın ölümü durumunda sözleşme feshedilir ancak kesin teminat ve ek kesin teminatlar iade edilir. Bununla birlikte, pilot veya koordinatör ortağın ölümü, ağır hastalığı, iflâsı, tutukluluğu, ortaklığın dağılması veya mahkûmiyeti hallerinde, özel ortakların, durumun ortaya çıkmasından itibaren 30 gün içerisinde idareye başvurmaları gerekir. Bu durumda özel ortaklar pilot veya koordinatör ortağın teminat dahil sorumluluklarını üstlendiklerini beyan etmeleri halinde idarece sözleşme yeni ortak girişime devredilebilir. Burada da Kanundan kaynaklanan bir devir hali, söz konusudur⁹⁴.

b. Pilot veya Koordinatör Ortak Dışındaki Ortakların Ölümü, İflâsı, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti

Konsorsiyumlarda ve iş ortaklarında özel ortaklardan birinin veya birkaçının ölümü, iflâsı, ağır hastalığı, tutukluluğu, mahkûmiyeti veya dağılması durumunda kamu ihale sözleşmesi doğrudan feshedilemez. Eğer diğer ortaklar ayrılan ortağın kesin teminat dahil sorumluluklarını yerine

⁹⁴ Bilir, tezinde bu durumda sözleşmenin feshedileceği, ancak 30 gün içerisinde diğer ortakların devam etme talebinde bulunmaları halinde yeni bir sözleşme imzalanarak işe devam edilebileceğini ileri sürmektedir. Bilir, **a.g.e.**, s.166.

getirmeyi taahhüt ederlerse, kamu ihale sözleşmesi yeni ortaklığa devredilerek devam eder⁹⁵.

C. Yüklenicinin Malî Acz İçinde Bulunması Yüzünden Sözleşmenin Feshi

1. Genel Olarak

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “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 tanınmamıştır⁹⁶. Bu anlamda, madde başlığı ile metni birbiri ile uyumsuzdur. Gerçekten de anılan madde, *“Sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeni ile taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminatlar ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.”* hükmünü taşımaktadır. Bu hüküm yükleniciye haklı sebeplerle bir sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi vermekten daha çok, yüklenicinin malî acz durumunda bulunmasından dolayı idarece sözleşmenin sona erdirilmesini düzenlemektedir⁹⁷. Üstün kamu yararının varlığı kamu ihale sözleşmelerinde yüklenicinin edimini ifa etmesinde malî gücünü korumasını gerektirir. Bu olgunun teminat altına alınması için yüklenicinin malî acz içinde bulunması, idare tarafından sözleşmenin fesih sebebi olarak görülmüştür.

⁹⁵ Kemer, **a.g.e.**, s.74.

⁹⁶ Bilir, **a.g.e.**, s.150.

⁹⁷ Kaplan, **a.g.e.**, s.380.

2. Şartları

a. Yüklenicinin Malî Acz İçinde Bulunması

Malî acz, yüklenicinin ödeme güçlüğü çekmesinden daha geniş anlam taşımakta, gelecekte de meydana gelecek yükümlülüklerini yerine getirmesi konusunda ödeme yeteneğini kaybetmesini içermektedir⁹⁸. Sırf yüklenicinin çeklerinin zamanında ödenmemesi ya da senetlerinin protesto edilmesi, malî acz için yeterli değildir. Ancak borçların ödenmemesinden dolayı yapılan icra takibi sonucunda, borç ödemediği belgesi verilmesi malî acz durumunda bulunulduğunu gösterir. Diğer taraftan yüklenicinin ödemelerini tatil etmesi⁹⁹ malî acz olarak nitelendirilebilir.

İflâsın ertelenmesi kararı¹⁰⁰ işletmenin faaliyetlerine devam etmesi için İİK’de öngörülmüş bir araç olup, bu anlamda işletmede likidite sorunu olduğunu ancak işletmenin mal varlığının, ihtiyacı olan finansal kaynağı sağlayabilecek durumda olduğunu gösterir. Dolayısıyla iflâsın ertelenmesi kararı süresince icra veya iflâs takibi söz konusu olamayacağından bu süre içerisinde yüklenicinin malî acz içerisinde olduğunu ileri sürmek anlamsızdır. Malî aczin büyüklüğü kamu ihale sözleşmesinden doğan yükümlülükleri yerine getirmekten engel olacak büyüklükte olmalıdır. Konkordato mehili verilmesi durumunda da iflâsın ertelenmesine benzer bir durum ortaya çıkar.

b. Malî Aczin Sözleşme Yapıldıktan Sonra Meydana Gelmesi

Malî acz içinde olan isteklilerin kamu ihalelerine katılmasını engellenmesi amacıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanununu 10 uncu maddesinde, ihale dokümanında ekonomik ve malî yeterliğe ilişkin kriterler

⁹⁸ Kenan Tunçomağ, “Alman Hukukunda Borcun İfâsında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) İle İlgili Objektif Görüşler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 32, Sayı 2-4, s.884-905, 1966, s. 887.

⁹⁹ Kuru et al, *a.g.e.*, s.425., Pekcanitez et al, *a.g.e.*, s.346.

¹⁰⁰ Pekcanitez et al, *a.g.e.*, s.365.

konulmasını öngörülmüştür. Sözleşme imzalanmadan önce ihale üzerinde bırakılan isteklinin iflâs halinde olmadığı, konkordato ilân etmediği, işlerinin mahkeme tarafından yürütülmediği ve işlerini askıya almadığını gösteren belgelerin idareye verilmesini istenilmektedir. Malî aczin sözleşme imzalandıktan sonra meydana gelmesi halinde, sözleşmenin feshedileceği dikkate alındığında, sözleşmeden önce malî acz halinde bulunan istekli ile “argumentum fortiori” sözleşme imzalanamayacağını söylenebilir¹⁰¹.

c. Malî Aczin Mücbir Sebep Halleri Dışında Gerçekleşmesi

Kamu ihale sözleşmesinin malî acz nedeni ile sona erdirilebilmesi için mal acz ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi arasında illiyet bağının olması gerekir. Bu illiyet bağı mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru, alacaklı olan idarenin kusuru yüzünden kesilebilir¹⁰². Bu durumda yüklenicinin malî aczi sebebi ile sorumlu olduğu fesih halinden söz etme imkânı bulunmaz.

Mücbir sebep, borçlunun fiili ile edimin ifa edilmemesi sonucu doğan zarar arasındaki illiyet bağı kesen ve sözleşmenin ifası sırasında taraflarının iradesi dışında ortaya çıkan öngörülemeyen ve önlenemez bir olgudur. Bu sebeple mücbir sebeplerden dolayı yüklenicinin malî acze düşmesi durumunda mücbir sebep hali ve sonuçları öncelikle uygulama alanı bulur. Bu durumda gerekirse yükleniciye süre uzatımı verilerek sözleşmeden doğan edimi ifa imkânı verilir ya da sözleşme feshedilerek teminat iade edilir.

¹⁰¹ Bilir, **a.g.e.**, s.151.

¹⁰² Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s.776.

d. Malî Acz Sebebi İle Yüklenicinin Taahhüdünü Yerine Getiremeyeceğini Yazılı Olarak Bildirmesi

Malî acz sebebi ile kamu ihale sözleşmesinin feshinde bildirim yükümü yükleniciye aittir. Yüklenici tarafından ifaya engel olan malî acz durumu gerekçeleri ile bildirilmediği takdirde, idarenin kendiliğinden bu sebebe dayanarak sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi bulunmamaktadır. Yüklenici tarafından idareye yapılacak bildirim içeriği malî acz sebebi ile edimin ifa edilemeyeceğini içeren beyan ve bunun gerekçelerinden ibarettir. Yüklenici tarafından idareye yapılacak beyanın zamanı ile ilgili olarak bir belirlemeye Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer verilmemiştir. Dolayısıyla yüklenici tarafından malî aczin ortaya çıkmasından itibaren dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde bu beyanın yapılması gerekir. Müessesenin işleyişi bakımından yüklenicinin ihbarının kendi durumuna olumlu bir katkısı yoktur. Aksine yüklenici bu ihbarla kendi durumunu ağırlaştırır. Bu sebeple hükmün pratikte uygulanma ihtimali zordur.

3. Yüklenicinin Malî Acz İçinde Bulunması Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hüküm ve Sonuçları

Yüklenicinin malî acz içinde bulunmasının sonucu, kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesidir. Fesih için, idarece yüklenicinin fesih talebinin idareye ulaşmasını takiben 7 gün içerisinde sözleşmenin feshine ilişkin karar alınır ve 5 gün içinde fesih beyanı yükleniciye bildirilir (KİSK m. 22). Ancak fesih tarihi olarak daha önceki bir tarih belirlenmiştir. Buna göre fesih beyanı daha sonra da olsa, fesih talebinin idareye ulaştığı tarih fesih tarihi olarak kabul edilir. Yüklenicinin malî acz içinde bulunması sebebi ile meydana gelen sonuçları üç başlık altında toplamak mümkündür¹⁰³:

- (i) Sözleşmenin feshi / sözleşmeden dönme,

¹⁰³ Kaplan, a.g.e., s.380.

- (ii) Kesin teminatın ve ek kesin teminatların güncellenerek gelir kaydedilmesi,
- (iii) Kamu ihalelerine katılmaktan geçici olarak yasaklama.

Kamu ihale sözleşmesinin ani edim yükümü veya sürekli edim yükümü içerip içermemesine göre sözleşmenin feshi veya sözleşmeden dönme söz konusu olur. Diğer taraftan, kesin teminatın sözleşme imzalanırken idareye verilme tarihinden gelir kaydedileceği tarihe kadar olası değer kayıplarının giderilmesi için, teminatlar Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından (şimdi TÜİK) yayınlanan toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir (KİSK m. 22 f. 2).

D. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshi

1. Genel Olarak

Yüklenicinin kamu ihale sözleşmesinden doğan ifa yükümlülüklerini sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi halinde ve idarenin en az on günlük süre vermesine rağmen ifanın gerçekleşmemesi durumunda, sözleşme feshedilir (KİSK m. 20)¹⁰⁴. Burada iki tip edim yükümüne aykırılık söz konusudur¹⁰⁵:

- (i) İfa etmeme (aliud ifa, kötü ifa dahil),
- (ii) Süresinde ifa etmeme.

¹⁰⁴ Kaplan, **a.g.e.**, s.381.

¹⁰⁵ Bilir, **a.g.e.**, s.111.

2. Şartları

a. Yüklenicinin Taahhüdünü İhale Dokümanı ve Sözleşme Hükümlerine Uygun Olarak Yerine Getirmemesi

İhale dokümanını oluşturan teknik şartname, varsa genel ve özel şartnameler kamu ihale sözleşmesinin bir parçası olarak karşılıklı edimlerin yerine getirilmesinde tarafların yükümlülüklerini belirler. Ancak burada sözleşmeye aykırı davranışın iki türünü birbirinden ayırmak gerekir. Birinci olarak, tip sözleşmelerde yer alan (Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme m. 23 vd.) teknik personel, makine teçhizat ve ekipman bulundurulması konusundaki hükmün yaptırımını günlük ceza olarak öngörülmüştür. Anılan hükümlerde bu tip borca aykırılığın kaç defa tekrarı halinde sözleşmenin feshedileceğine dair açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Burada esas alınması gereken kriter günlük ceza gerektiren sözleşmeye aykırılığın edimin ifasına engelleyip engellemediğine bakmak gerekir.

Günlük ceza gerektiren borca aykırılık halleri, edimin sözleşmede belirlenen şartlarla ifasına engel olmuş ise, artık günlük ceza kesmek yerine sözleşmenin fesih yoluna gidilmesi dürüstlük kurallarına uygun bir davranış olur. İkinci olarak, edimin yerine getirilmesinde yüklenicinin iş programına uymaması veya işe hiç başlaması kötü ifa, aliud ifa sözleşmenin feshi için geçerli sebeplerdir¹⁰⁶.

b. İdarenin İhtar

Malın veya yapım işinin zamanında teslim edilmemesi veya hizmetin sözleşmede öngörülen niteliklere uygun şekilde görülmemesi durumunda, idare tarafından yükleniciye yazılı bir ihtarla edimin sözleşmeye uygun şekilde yapılması gerektiği bildirilir. Bu ihtar gerekçeli olur ve en az on

¹⁰⁶ Uslu, a.g.e., s. 45 vd.

günlük¹⁰⁷ bir mehili içinde barındırır (KİSK m. 20)¹⁰⁸. İdare tarafından bu süre yüklenicinin iş yapma kapasitesi ve ifa için gerekli niyeti taşıyıp taşımadığına göre daha uzun takdir edilebilir. Verilen bu süre içerisinde, ayrıca yükleniciden günlük gecikme cezası da kesilir. Bu yüzden verilen sürenin yüklenicinin kapasitesi ve ifa niyetine uygun belirlenmesi gerekir. Gereğinden uzun süre kesilecek ceza, ölçülülük ilkesini ihlal edebilecekken gereğinden kısa bir süre ifası olanaklı olan bir edimin ifasını engeller.

İdarenin ihtarı, yüklenicinin edimini ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi halinde söz konusu olur. Daha sonra açıklayacağımız sözleşmenin devamı sırasında yasak fiil ve davranışlarda bulunulması halinde herhangi bir sürenin verilmesine gerek yoktur.

TBK'nın 117 nci maddesine göre borçlunun temerrüde düşmesi için kural olarak alacaklının ihtarı gerekir. Ancak aynı hükmün ikinci fıkrasına göre belirli vadeli borçlarda, borçlunun temerrüdü için ayrıca ihtar gerek bulunmamaktadır. Ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, vadenin sözleşmede belirlenmiş olmasına rağmen, TBK'nın sisteminden ayrılarak ihtarı borçlunun temerrüde düşmesi için şart koşturmuştur. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi şartlarını düzenleyen TBK m.123'te alacaklının borçluya uygun bir mehil vereceği ya da hâkimden uygun bir mehil verilmesini isteyebileceği öngörülmüştür. Bu mehil TBK m. 125'te yer alan seçimlik hakların kullanılabilmesi için gerekli olan bir husustur. Ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 nci maddesinde bu mehilin asgari süresi öngörülmüştür. Bu mehil 10 günden az olamaz. Ancak mehilin asgari süresinin Kanun tarafından belirlenmiş olması,

¹⁰⁷ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “*en az on gün*” ibaresi 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce “*en az 20 gün*” ibaresini taşımaktaydı.

¹⁰⁸ Bilir, **a.g.e.**, s. 121.

uygun mehil için hâkimden belirleme yapılmasının istenmesine engel değildir¹⁰⁹.

E. Sözleşmenin Yürütülmesi Sırasında Yüklenicinin Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunduğunun Tespit Edilmesi

1. Genel Olarak

Yasak fiil ve davranışlar hem 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda hem de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 25 inci maddesinde düzenlenmiştir. İkisinin birbirinden farkı 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 17 nci maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışlar ihale aşamasında söz konusu olan fiiller iken, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 25 inci maddesinde yer alan yasak fiil ve davranışlar sözleşmelerinin yürütülmesi sırasında işlenmesi halinde hukukî sonuç doğururlar¹¹⁰.

2. Şartları

a. Yüklenicinin Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunduğunun Tespit Edilmesi

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 25 inci maddesinde yer alan fiillerin işlenmesi halinde herhangi bir ihtar veya mehil verilmeksizin sözleşme feshedilir. Bu fiil ve davranışlar;

- (i) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanımı, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet sureti ile veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek¹¹¹,

¹⁰⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1111.

¹¹⁰ Uslu, **a.g.e.**, s. 69.

¹¹¹ Kemer, **a.g.e.**, s. 75.

- (ii) Sahte belge düzenlemek kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek¹¹²,
- (iii) Sözleşme konusu için yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme araç veya usuller kullanmak fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak¹¹³,
- (iv) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek,
- (v) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya gizliliği gereken bilgileri ifşa etmek,
- (vi) Mücbir sebepler dışında ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek,
- (vii) Devir şartları gerçekleşmeden sözleşmenin devredilmesi veya devir alınması olarak, sayılabilir.

b. Sözleşmenin Yürütülüyor Olması

Yukarıda yer verilen sona erme sebeplerinin sözleşmenin imzalanmasından sonra gerçekleşmesi gerekir. Taraflar arasındaki güven ilişkisini bozan sebeplerin, sözleşmeyi sona erdirme konusunda idare açısından haklı bir gerekçe oluşturduğunu görebiliriz.

Sözleşmenin yürütülmesinden kasıt, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından, yapım işlerinde kesin kabule, mal alımı sözleşmelerinde garanti süresi varsa garanti süresi sonuna, yoksa malın kabulüne kadar geçen süreyi kapsamaktadır. Hizmet alımlarına ilişkin sözleşmelerde ise, hizmet sözleşmesinin sona ermesi yani hizmetin kabul edildiği tarihe kadar geçen süreyi kapsar.

¹¹² KİSK m. 25'te yer alan yasak fiil ve davranışlar Türk Ceza Kanunu anlamında suç teşkil edip etmemesine bakılmaksızın sözleşmede etki doğururlar. Bu hükümde belirtilen ve Türk Ceza Kanununda suç sayılan fiiller açısından belirleme yapma yetkisi mahkemelerde iken, suç sayılmayan ancak yasak fiil ve davranış olarak nitelenen fiillerde belirleme yapma yetkisi idareye aittir.

¹¹³ Bkz. Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 92 vd.

c. İdarenin Fesih Beyanı

Sözleşmenin yürütülmesi sırasında yasak fiil ve davranışların yüklenici tarafından işlenmesi halinde, sözleşme, durumun düzeltilmesi istenilmeksizin veya herhangi bir ihtarda bulunmaksızın idare tarafından feshedilir. Burada 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu tarafından öngörülen ihtarın yapılmaması fesih beyanına ilişkin değildir. İdare tarafından fesih hallerinin gerçekleşmesinden sonra, sözleşme sona erdirildiğine ilişkin irade beyanının karşı tarafın egemenlik alanına ulaşması gerekir¹¹⁴.

F. Yüklenicinin Sözleşmeden Önceki Yasak Fiil ve Davranışları Sebebiyle Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi

1. Sözleşmeden Önceki Yasak Fiil ve Davranış Kavramı

Sözleşme imzalanmadan önce, yani ihale sürecindeki yasak fiil ve davranışlar sözleşmenin yürütülmesini olumsuz olarak etkiler¹¹⁵. Ancak bu hususa sözleşme sırasındaki yasak fiil ve davranışlardan farklı sonuçlar bağlanmıştır¹¹⁶. İhale aşamasındaki yasak fiil ve davranışlar 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 17 nci maddesinde sayılmıştır. Bu fiil ve davranışlar şunlardır;

- (i) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet sureti ile veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,
- (ii) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak,

¹¹⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 1110.

¹¹⁵ Bilir, **a.g.e.**, s.146.

¹¹⁶ Uslu, **a.g.e.**, s.72.

- (iii) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek,
- (iv) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak asaleten veya vekaleten birden fazla teklif vermek,
- (v) 4734 sayılı kamu ihale kanununun 11 inci maddesine göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

Yukarıda yer verilen fiil ve davranışların ihale sürecinde yapıldığının sözleşme imzalandıktan sonra anlaşılması halinde kural olarak kamu ihale sözleşmesi sona erdirilir. Çünkü kamu ihale sözleşmesinin temeli sarsılmıştır ve işlem temeli çökmüştür. Bu nedenle kamu ihale sözleşmesine devam edilmesinde kamu yararı bulunmamaktadır. Burada hata ve korkutmaya ilişkin TBK hükümleri ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21 inci maddesi yarışsa da özel hüküm-genel hüküm ilişkisinden dolayı, özel hüküm olan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uygulanır.

2. Şartları

a. Yasak Fiil ve Davranışların Sözleşmeden Önce Gerçekleşmesi

Sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlardan dolayı kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi için, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 17 nci maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışların sözleşmeden önce yüklenici tarafından işlenmesi gerekir¹¹⁷. İhaleye teklif veren diğer isteklilerin bu fiil ve davranışları işlemesi, sözleşmenin yürütülmesi sırasında yükleniciyi ve onun hukukî durumunu etkilemez. Tespit, idarece yapılabileceği gibi adli makamlar tarafından gerçekleştirilen bir soruşturma veya kovuşturma sonucu da yapılabilir.

¹¹⁷ Bilir, a.g.e., s.148.

b. İdarece Durumun Sözleşmenin Yürütülmesi Sırasında Tespiti

Sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışların yüklenici tarafından işlendiğinin edimlerin ifası sırasında tespit edilmesi durumunda, kamu ihale sözleşmesinin kural olarak sona erdirileceğini yukarıda belirtmiştik. Ancak kamu ihale sözleşmesinin yürütülmesindeki üstün nitelikteki kamu yararı kanun koyucuyu burada farklı bir tercihte bulunmaya zorlamıştır. Gerçekten de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21 inci maddesinde yasak fiil tespitinin, işin % 80'inin tamamlanmasından sonra yapılıp yapılmamasına göre farklı hukukî sonuçlar bağlanmıştır.

(1) Taahhüdün % 80'i Tamamlanmadan Yapılan Tespit

Kamu ihale sözleşmesi yapılmadan önce yasak fiil ve davranışlarda bulunulduğunun, taahhüt edilen işin % 80'i gerçekleştirilmesinden önce tespit edilmesi halinde sözleşme sona erdirilir. Sözleşmenin ani edim yükümü ya da sürekli edim yükümü içermesine göre fesih ya da dönme uygulanır. Taahhüt edilen işin % 80'inin belirlenmesinde ilk sözleşme bedeli dikkate alınmalıdır. İş artışı nedeni ile sözleşme bedelinin artması durumunda toplam sözleşme bedeli ilk sözleşme bedelinden daha yüksek olur. Dolayısıyla sözleşmenin kurulduğu andaki ilk sözleşme bedelinin dikkate alınması idare tarafından iş artışları yoluyla % 80 oranının değiştirilmesini engeller. Taahhüdün % 80'i tamamlanmadan önce tespit halinde sözleşmenin sona erdirilmesi yanında, yüklenicinin kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca idare, TBK m. 125'te (BK m. 106 vd.) yer alan seçimlik haklarını kullanır.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde TBK m. 123'e göre uygun süre verilmesine ilişkin hüküm ile, aynı Kanunun 125 inci maddesinde yer alan seçimlik haklara ilişkin hüküm birlikte değerlendirildiğinde aşağıdaki sonuçlara varmak mümkündür: Temerrüde düşen borçlu verilen mehile rağmen borcunu ifa etmezse alacaklı her zaman ifa ve gecikme tazminatını

isteyebilir. İfa ve gecikme tazminatı hakkında vazgeçtiğini beyan eden alacaklı müspet zararını veya dönme ve menfi zararını isteyebilir¹¹⁸.

(2) Taahhüdün % 80'i Tamamlandıktan Sonra Tespit

Kamu ihale sözleşmesi imzalanmadan işlenen yasak fiil ve davranışlar taahhüdün % 80'i gerçekleştirildikten sonra tespit edilirse kural olarak yine sözleşme feshedilir. Ancak işin % 80'inin tamamlanması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması şartı ile;

1. ivediliği nedeni ile taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,
2. taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının ekonomik veya hukuken mümkün olmaması,
3. yasak fiil ve davranışın taahhüdün tamamlanmasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde kamu ihale sözleşmesi sona erdirilmeksizin idare yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir (KİSK m. 21 f.3)¹¹⁹.

Tespitten itibaren 45 gün içinde idarece yüklenici kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır. Kesin teminatı ile ek kesin teminatları toplamı kadar ceza uygulanır. Bu ceza yüklenici tarafından bir defada ödenebileceği gibi hak edişlerinden kesinti yapmak sureti ile idarece tahsil edilebilir. İdarenin kamu ihale sözleşmesine devam etmesini istediği hallerde, yüklenici cezaların ağırlığını gerekçe göstererek işi tamamlamaktan kaçınmaz (KİSK m.21 f.4). Bununla birlikte idarece yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde taahhüdün yüzde miktarına bakılmaksızın kamu ihale sözleşmesinin sona erdirilmesi gerekir.

¹¹⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 1115 vd.

¹¹⁹ Kaplan, **a.g.e.**, s. 381.

§ 5.YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANMAYAN SEBEPLERLE KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA YER ALAN SEBEPLER

A. Kusursuz İmkânsızlık

1. Kavram

Kusursuz imkânsızlık, sözleşmeden sonra borçlunun kusuru olmaksızın borcun ifasının imkânsız hale gelmesidir¹²⁰. Sözleşmeden önce meydana gelen objektif imkânsızlık halleri sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açar. Sonraki kusursuz imkânsızlık, sonuçları itibari ile başlangıçtaki imkânsızlıktan farklıdır¹²¹. Sonraki imkânsızlıkta borçlu kusurlu ise borca aykırılık söz konusu olur ve borçlunun sorumluluğu olur. Buna karşılık sonraki imkânsızlıkta borçlunun kusuru yoksa borç sona erer¹²². (TBK m.136, BK m.117)

2. Kusursuz İmkânsızlığın Kamu İhale Sözleşmesine Etkisi

Kamu ihale sözleşmelerinde kusursuz imkânsızlığın etkilerini incelemek için, her sözleşme tipinde imkânsızlığı değerlendirmek gerekir. İfa imkânsızlığı, fiili nedenlerden olabileceği gibi hukukî nedenlerden de kaynaklanabilir.

¹²⁰ Ole Lando/Hugh Beale, **Principles of European Contract Law**, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s.164.

¹²¹ Eren, **a.g.e.**, s.1299, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 589, Buz, **a.g.e.**, s. 280.

¹²² Eren, **a.g.e.**, s.1300.

a. Mal Alımı Sözleşmelerinde Kusursuz İfa İmkânsızlığı

Mal alımına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde ifa imkânsızlığı konusunda, mal alımı sözleşmesinin niteliği (satım sözleşmesi/eser sözleşmesi) ve parça borcu ve cins borcu ayrımları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bir kere cins borcu içeren mal alımlarında fiziki imkânsızlık söz konusu olmaz. Ancak ticaret rejiminin değişmesi nedeni ile piyasaya arzı yasak hale gelen malların tesliminde cins borcu olmasına rağmen sonraki imkânsızlık meydana gelebilir. Meselâ, kırsal motorinin satılmasının yasaklanması¹²³ nedeni ile kırsal motorin alımına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde sonraki imkânsızlık nedeni ile yüklenici malı teslim borcundan kurtulur. Diğer taraftan mal alımlarına ait tip sözleşmelerinin 16.13. maddesine göre, *“Yüklenici, sözleşme konusu malların idareye teslimine kadar korunmasından sorumludur. Yüklenici malın idareye tesliminden önce deprem, su baskını toprak kayması, fırtına, yangın, hırsızlık, üçüncü kişiler tarafından verilecek zararlar dahil olmak üzere malın yayii, kısmen veya tamamen hasar görmesi durumunda malı yenisi ile değiştirmek zorundadır.”* Tip sözleşme hükmü yüklenicinin sonraki imkânsızlıktan sorumluluğunu genişletmiştir. Bu anlamda yüklenici malın teslimine kadar malın yok olması, kısmen veya tamamen hasar görmesi gibi sonraki imkânsızlık hallerinden sorumlu tutulabilecektir. Aynı hüküm, mücbir sebepler dolayısı ile meydana gelen imkânsızlığı da aynı kategoride değerlendirmiştir.

b. Hizmet Alımı Sözleşmelerinde Kusursuz İfa İmkânsızlığı

Hizmet alımına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde yükleniciden kaynaklanmayan sonraki imkânsızlık konusunda, işin veya hizmetin görüleceği yerin sigorta ettirilip ettirilmeyeceğine göre bir ayırım yapılmıştır.

¹²³ 07.08.2009 tarihli ve 27312 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan “Motorin Türlerine İlişkin Teknik Düzenleme Tebliği”nde değişiklik yapan 09.11.2010 tarihli ve 27754 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Tebliğle kırsal motorinin piyasaya arzı teknik olarak imkânsız hale gelmiştir.

Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin “Yüklenicinin kusuru dışındaki hasar ve zararlar” başlıklı 20 nci maddesine göre; *“Olağanüstü haller ve doğal afetlerin iş yerlerinde ve yapılan işlerde meydana getireceği hasar ve zararlar ile sigortalanabilir riskler sigorta kapsamında olsun veya olmasın yüklenici bu hasar ve zararlar için idareden hiçbir bedel isteyemez. Ancak bu hasar ve zararlar nedeni ile meydana gelecek gecikmeler için yükleniciye gerekli süre uzatımı verilir.*

Savaş yurtiçinde seferberlik, ayaklanma iç savaş ve bunlara benzer olaylar veya alt yüklenici tarafından kullanılmadıkça bir nükleer yakıttan kaynaklanan radyasyonlar ve bunların gerektirdiği önlemler sonucunda meydana gelecek riskler gibi sigortalanması mümkün olmayan türden riskler ile idarenin işlerin tamamlanmış kısımlarını teslim alarak kullanmasından dolayı doğacak riskler idareye aittir.” Bu şartname hükmüne göre hizmetin yerine getirilmesine engel olan ve sigortalanabilir risklerden dolayı yüklenici sorumlu tutulmaz. Sigortalanamaz risklerin sorumluluğu ise idareye aittir. Ancak buradaki imkânsızlık ne yükleniciden ne de idareden kaynaklanmayan imkânsızlıktır.

Şahsen hizmet edimini yerine getiren yüklenicinin bedensel durumundan kaynaklanan imkânsızlıkta yüklenicinin borcu sona erecektir¹²⁴. Meselâ, bir belediye tarafından bir konferansta tercüme yapmak üzere, bir tercümanla yapılan tercüme hizmeti alımını içeren bir kamu ihale sözleşmesinde, yüklenicinin bir trafik kazasında felç olması yada konuşma yeteneğini kaybetmesi durumunda, sonraki imkânsızlık nedeni ile yüklenicinin borçtan sorumluluğu ortadan kalkar. İmkânsızlık bazen idareden de kaynaklanır. Meselâ, temizlik hizmeti alımına ilişkin bir kamu ihale sözleşmesinde, idarenin, yasal bir tasarrufla kaldırılması durumunda, ya da yemek alımına ilişkin bir ihalede, idarenin bir askeri birlik olduğu varsayımından hareketle, bu birliğin yerinin değişmesi veya kaldırılması durumunda yine sonraki imkânsızlık söz konusu olur. Kamu İhale Kurulunun

¹²⁴ Eren, a.g.e., s.1303.

sonraki imkânsızlığa bakışı mücbir sebeple aynı kategoride değerlendirmek şeklindedir¹²⁵. Halbuki mücbir sebepte her zaman imkânsızlık olmayabilir ve bu iki müessese mahiyeti ve sonuçları bakımından birbirinden farklıdır.

c. Yapım İşleri Sözleşmelerinde Kusursuz İfa İmkânsızlığı

Mal alımlarına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinin bir kısmı¹²⁶ ile yapım işlerine ilişkin kamu ihale sözleşmelerinin eser sözleşmesidir¹²⁷. Bu sebeple kamu ihale sözleşmesinde ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda hüküm bulunmayan hallerde, Türk Borçlar Kanununun eser (istisna) sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Anılan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda ve tip sözleşmelerde ifa imkânsızlığına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Kamu İhale Kurulu ise, mücbir sebebe ilişkin verdiği kararlarda ifa imkânsızlığı ile mücbir sebebin karıştırılmaktadır. İfa imkânsızlığı mücbir sebepler kapsamında mütalaa edilmektedir. Bu yaklaşımın ifa imkânsızlığında yüklenici ile idare arasında ortaya çıkacak sorunları artırması ve taraflar arasındaki dengenin sırf mücbir sebep yaklaşımı ile çözülmesinin imkânsız olması karşısında tercih edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

TBK'nın 483'üncü maddesi ve devamında (BK m. 368 vd.) eser sözleşmesine ilişkin ifa imkânsızlığı halleri düzenlenmiştir. Buna göre eser sözleşmesinde ifa imkânsızlığı üç sebepten doğabilir¹²⁸.

¹²⁵ Bkz. "Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Yer Alan Mücbir Sebep Halleri" başlığı altında bu konu incelenmiştir.

¹²⁶ Montaj şartlı mal alımları ile, özel imalât süreci gerektiren mal alımlarına ilişkin kamu ihale sözleşmeleri eser sözleşmesi niteliğindedir.

¹²⁷ Kaplan, **a.g.e.**, s. 288.

¹²⁸ Bilir, **a.g.e.**, s. 104.

(1) Beklenmeyen bir olay sebebi ile eserin yok olması

TBK'nın 483 üncü maddesi (BK m. 368); “*Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa işsahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı için ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.*” hükmünü haizdir. Bu hükme göre, idare teslim konusunda temerrüde düşmediği takdirde, teslimden önce eser yok olursa, müteahhit, ne yaptığı için ücretini ne de masraflarını isteyebilir¹²⁹. Eser yok olursa, telef olan malzeme kim tarafından sağlanmışsa hasar da ona ait olur. Bu hükmün uygulanmasının bir takım şartları ve hükmün sonuçları bulunmaktadır.

Eser sözleşmesinden, eserin yok olmasından dolayı ifa imkânsızlığı meydana gelebilmesi için eserin teslimden önce kısmen veya tamamen yok olması gerekir¹³⁰. Yok olmanın, eserin tamamlanmasından önce veya sonra meydana gelmesinin bir önemi yoktur. Eser, idarenin ve yüklenicinin önceden tahmin edemeyeceği ve sorumlu olmadığı bir olay sonucunda yok olmalıdır¹³¹.

Kanun koyucu, BK m. 368'de yer alan “*kazara telef olmuş*” ibaresi yerine, TBK m. 483'de “*beklenmedik olay sonucu*” ibaresi tercih edilmiştir. Bu tercihle birlikte, sadece mücbir sebep hallerini değil, beklenmeyen hallerden dolayı meydana gelen ifa imkânsızlığı da madde kapsamına alınmıştır.

Eser idareye teslim edilmemiş olmalıdır¹³². Teslimden sonra meydana gelen olayda, iş sahibi idare, yükümlülüklerine katlanır. İş sahibi, eserin muayene ve kabulünde temerrüde düşmemiş olmalıdır. Yüklenicinin

¹²⁹ Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.380, Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2012, **a.g.e.**, s. 439.

¹³⁰ www.kazanci.com, ET. 08.07.2011. Aral/Ayrancı, s.385.

¹³¹ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.381, Yavuz, **a.g.e.**, s.440, Bilir, **a.g.e.**, s.104.

¹³² Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.381, Yavuz, **a.g.e.**, s.440, Bilir, **a.g.e.**, s.105.

zamanında kabul için arz ettiği eserin, kabulünde mütemerrit olan idare, eserin yok olma riskini üstlenir¹³³.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde TBK m. 483'ün (BK m. 368) uygulanmasını gerektiren durumlarda ücrete ilişkin hasar yükleniciye aittir. Ücrete ilişkin hasardan kasıt, yaptığı işin bedeli, yaptığı masraflar ile daha önce kendisine yapılan hak ediş ödemelerinin iade edilmesini içerir¹³⁴. Eserin yok olması durumunda malzemeyi kim sağlamışsa hasara o katlanır¹³⁵.

İhzarat bedeli ödenen ya da malzemesi idarece verilen yapım işlerine ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde, ihzarat ödenmiş malzemede veya idarece verilen malzemelerde hasar idareye ait iken, yüklenici tarafından malzemenin tedarik edilmesi durumunda hasar yükleniciye ait olur¹³⁶.

Bedel hasarının yükleniciye ait olmasının iki istisnası bulunmaktadır: Bunlardan birincisi, idarenin teslim almada temerrüde düşmesi, diğeri ise eseri yok eden olayın idarece verilen malzemedan kaynaklanması veya işin yapıldığı arsanın ayıbı veya idarenin talimatına uygun yapılması yüzünden kaynaklanması durumudur¹³⁷. Bu anlamda bedel hasarı ve edim hasarını birbirinden ayırmak gerekir. Bedel hasarında, eserin yok olması sebebi ile müteahhit ücretini talep edemezken edime ilişkin yükümlülüğü devam eder¹³⁸. Edim hasarının söz konusu olmadığı yalnızca bedel hasarının söz konusu olduğu durumlarda yüklenici eseri yeniden yapmak zorundadır¹³⁹. Meğer ki eserin yeniden yapılması objektif olarak imkânsız olsun¹⁴⁰.

Edim hasarına ilişkin yükümlülük, ancak objektif imkânsızlıkta sona erer. Eserin yok olması dolayısıyla eseri tekrar meydana getiren yüklenici,

¹³³ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.381, Yavuz, **a.g.e.**, s.440, Bilir, **a.g.e.**, s.105.

¹³⁴ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.382, Yavuz, **a.g.e.**, s.441, Bilir, **a.g.e.**, s.105.

¹³⁵ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.382, Yavuz, **a.g.e.**, s.440, Bilir, **a.g.e.**, s.105.

¹³⁶ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.383, Yavuz, **a.g.e.**, s.440.

¹³⁷ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.384, Yavuz, **a.g.e.**, s.440-441.

¹³⁸ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.384, Yavuz, **a.g.e.**, s.440.

¹³⁹ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.383, Yavuz, **a.g.e.**, s.441.

¹⁴⁰ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.383, Yavuz, **a.g.e.**, s.441.

kararlaştırılan ücreti talep edebilir ancak ilave masrafları talep edemez¹⁴¹. Bununla birlikte, eseri yeniden meydana getirme veya eser sözleşmesini devam ettirme dürüstlük kuralına göre yükleniciden beklenemiyorsa, bu durumda yüklenici sözleşmeyi sona erdirebilir. Doktrinde Aral ve işaret ettiği diğer yazarlar¹⁴² bu konuda TBK m. 480/2'deki (BK m. 365/2) kriterlerden yararlanılması gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıca yüklenici eserin yok olmasından dolayı, edimini ifa etmek için ek masraf yapmak zorunda kalan yüklenici anılan hükme göre bunları talep edebilir.

Tamamlanınca belirli hale gelen ve yenisinin yapılması mümkün olmayan, eser bitirildikten sonra teslimden önce tarafların kusuru olmaksızın yok olursa yüklenicinin borcu imkânsızlık nedeni ile sona erer. Ücret hasarı ve edim hasarının idare üzerinde olduğu TBK m. 480/2'de (BK m. 368/3) belirtilen hallerde, yüklenici yok olan eseri, yeniden meydana getirmek zorunda değildir. Bu durumda sözleşme sona erer¹⁴³. Ancak TBK m. 482/2'de öncelikle bedelin uyarlanması istenilmesi gerektiği, bu mümkün değilse dönme hakkının kullanılabilceği göz önünde bulundurulmalıdır.

(2) İş sahibinin şahsında veya tehlike alanında gerçekleşen umulmayan bir olaydan doğan imkânsızlık

TBK m. 485'e göre (BK m. 370), "*Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşır*sa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.

İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır." Bu hüküm ile iş sahibinin (idarenin) sorumlu olduğu durumlar sebebi ile eserin tamamlanmasının imkânsız hale gelmesi hususu düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için objektif

¹⁴¹ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.384, Yavuz, **a.g.e.**, s. 441.

¹⁴² Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.382 dn. 27'de belirtilen yazarlar.

¹⁴³ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.382.

olarak eserin tamamlanması imkânsız hale gelmelidir¹⁴⁴. Sonraki objektif imkânsızlık, yapımına başlanmamış eser için söz konusu olabileceği gibi, yapımı devam eden eserin bitirilmesine engel olan bir durumun varlığında da söz konusu olabilir.

Eserin tamamlanmasına engel olan imkânsızlık, iş sahibinin (idarenin) şahsında veya onun ilişkileri çevresinde gerçekleşen ve beklenmeyen bir olaydan da meydana gelebilir¹⁴⁵. İdare tarafından bir bina yapılması için sözleşme yapılan bir arazide kamulaştırmada problem çıkması veya ruhsat ve imar durumunun bina yapılması için elverişsiz hale gelmesinde, ya da devam eden bir bina inşaatının hava yolu güvenliğini tehdit eder yüksekliğe ulaşması durumunda, iş sahibinden kaynaklanan imkânsızlık söz konusudur¹⁴⁶.

İdarenin (iş sahibinin) kendisi veya ilişkileri çevresinde meydana gelen umulmadık olaylar dolayısıyla sözleşmenin ifasının imkânsız olması durumunda, sözleşme ileriye etkili olarak sona erer. Dönme kuramının uygulanmadığı alanlardan biri de bu olur. Bu durumda sözleşmenin sona ermesi için ayrıca fesih beyanına ihtiyaç yoktur, sözleşme kanundan dolayı sona erer¹⁴⁷.

Yüklenici sözleşmenin sona ermesine kadar yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen masraflarını idareden (iş sahibi) isteyebilir (TBK m. 485/1). Yüklenicinin bu talebi hesaplanırken sözleşmede verdiği fiyatlar esas alınır. Yüklenici, fiilen yaptığı işlerin sözleşmede öngörülen bedelini alır. Eğer idarenin (iş sahibi) kusuru yüzünden imkânsızlık meydana gelmiş ise yüklenici müsbet zararını talep edebilir. Talep edilecek tazminattan

¹⁴⁴ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.383, Yavuz, **a.g.e.**, s. 442.

¹⁴⁵ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.384, Yavuz, **a.g.e.**, s. 442.

¹⁴⁶ İş sahibi idareden kaynaklanan sebeplerle yüklenicinin işe başlaması geciktirilmişse, idare, buna dayanarak sözleşme süresinden önce dönme hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Altaş, **İfadan Önce**, s. 99.

¹⁴⁷ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 384, Yavuz, **a.g.e.**, s. 441.

yüklenicinin bu arada elde ettiği ya da dürüstlük kuralına göre elde etmesi gerektiği halde elde etmeyi ihmal ettiği bedel indirilir¹⁴⁸.

(3) Yüklenicinin şahsında ortaya çıkan beklenmeyen bir olaydan doğan imkânsızlık

TBK m. 486'ya göre (BK m. 371), “*Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda işsahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.*” İlk olarak bu hükmün uygulanabilmesi için, yüklenicinin kişisel nitelik ve özellikleri göz önünde tutularak kamu ihale sözleşmesinin yapılması gerekmektedir. Yüklenicinin kişisel özellikleri, uzmanlık alanı veya becerisi dikkate alınarak sözleşme yapılmış olabilir¹⁴⁹.

İşin bitirilmesi yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın işi yapmaktan aciz kalması nedeni ile mümkün olmamalıdır. Bu imkânsızlık objektif ve sonradan ortaya çıkmalıdır. Bu şartlar altında eser sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erer. Sona erme eserin tamamlanmış kısmına ilişkin hak ve borçları kapsar. Eserin tamamlanan kısmının idare (iş sahibi) tarafından kullanılması mümkün ise bu kısmın kabul edilmesi ve bedelinin ödenmesi gerekir. Öte yandan, imkânsızlık yüklenicinin kusuru sonucunda ortaya çıkmışsa, bu durumda yüklenici, iş sahibinin müspet zararını tazmin etmek zorundadır¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 384, Yavuz, **a.g.e.**, s. 442.

¹⁴⁹ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 385.

¹⁵⁰ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 386, Yavuz, **a.g.e.**, s. 442.

3. Kusursuz İmkânsızlığın Sonuçları

Kusursuz imkânsızlık, borcun aslını sona erdirdiği gibi fer'ilerini de sona erdirir (TBK m. 131, BK m. 113)¹⁵¹. Bunun sonucu olarak da faiz, ceza-i şart, kefalet, rehin gibi haklar da sona erer¹⁵².

Synallagmatik sözleşmelerde imkânsızlık nedeni ile borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan karşı edimi isteme hakkını kaybeder¹⁵³. Kanun veya sözleşme ile borcun ifasından önce hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu haller bu hususun dışındadır¹⁵⁴. Diğer taraftan, borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya derhal bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararı gidermekle yükümlü olur¹⁵⁵.

B. Zamanaşımı

1. Kavram

Zamanaşımı alacaklının dava ve takip hakkını zayıflatan, borçluya def'i yoluyla borcu ödememe hak ve imkânını veren bir müessesedir¹⁵⁶. Zamaşımı TBK m. 140-161 arasında (BK m. 125-140) düzenlenmiştir. Zamaşımı kavramı hukuk düzeni içerisinde belirsizliği ortadan kaldırmak, alacakların belirsiz süreli olarak takip edilmemesinin önüne geçmek için öngörülmüş bir müessesedir¹⁵⁷. Zamaşımı, borçlu açısından borcun ifa

¹⁵¹ Eren, **a.g.e.**, s.1306, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.592, Hatemi /Gökyayla, **a.g.e.**, s.314.

¹⁵² Eren, **a.g.e.**, s.1307.

¹⁵³ Tariq A. Baloch, **Unjust Enrichment and Contract**, Oxford University Press, 2009, s.174.

¹⁵⁴ Baloch, s.178., J. Beatson, **The Use and Abuse of Unjust Enrichment**, Oxford University Press, 1991, s.45.

¹⁵⁵ Baloch, **a.g.e.**, s.174.

¹⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Mahmut Bilgen, **Özel Hukukta Zamaşımı**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010., Mehmet Akif Tutumlu, **Türk Borçlar Hukukunda Zamaşımı ve Uygulaması**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008., Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamaşımı**, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi, 2010.

¹⁵⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.622, Hatemi/Gökyayla, **a.g.e.**, s.321.

edilmesini def'i yoluyla engelleyen bir sebep iken, alacaklı açısından alacağın dava ve takip edilme imkânını ortadan kaldıran bir sebep olmaktadır¹⁵⁸.

Zamanaşımından bahsedebilmek için geçerli bir borcun varlığı zorunludur¹⁵⁹. Zamanaşımı kural olarak bütün borçlar için geçerli bir olgudur. Ancak TMK m. 864 "*Rehnin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımı işlemez.*" hükmü bu kuralın bir istisnasını oluşturmaktadır. Kanun koyucu alacağın taşınmaz rehniyle teminat altına alınmasına bir ayrıcalık tanımış, alacağın talep edilmesine zamanaşımının engel olmasını önlemiştir¹⁶⁰. Diğer bir istisna da, İİK m. 143 de yer alan aciz belgesidir. Takibin sonuçsuz kalması üzerine, alacaklının talebi üzerine verilen bu belgede yazılı olan alacak miktarı için zamanaşımı düzenlendiği tarihten itibaren 20 yıldır¹⁶¹. 4949 sayılı Kanununun 40 ncı maddesi ile değiştirilmeden evvel, aciz vesikasında yazılı olan alacak için aynen gayrimenkul rehni ile teminat altına alınmış alacak gibi zamanaşımı işlemiyordu.

Zamanaşımı, kanunda öngörülen sürelerin geçmesini gerektirir. Süreler borcun muaccel olduğu tarihten itibaren başlar. Borcun kaynağına göre farklı zamanaşımı süresi belirlenmiştir. Buna göre haksız fiillerden¹⁶² doğan borçlarda zamanaşımı süresi zararı ve faili öğrenme tarihinden itibaren iki yıl, her halükarda 10 yıldır¹⁶³. Haksız fiil aynı zamanda suç teşkil

¹⁵⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 837.

¹⁵⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 1284.

¹⁶⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 625.

¹⁶¹ Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, **İcra ve İflas Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.242, Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Hukuku**, 26. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s.354.

¹⁶² Bkz. Ayrıntılı Bilgi, Mark Lunney/Ken Oliphant, **Tort Law**, Fourth Edition, Oxford University Press, 2010, s.704 vd., Steve Hedley, **Tort**, Sixth Edition, Oxford University Press, 2008, s.26 vd., Nicholas J. McBride/ Roderick Bagshaw, **Tort Law**, Third Edition, 2008, s.249 vd., Alastair Mullis/Ken Oliphant, **Torts**, Fourth Edition, Palgrave Macmillan Press, 2011, s.33 vd., John Murphy, **Street on Torts**, 12th Edition, Oxford University Press, 2007, s.233 vd., Martin Matthews et al., **Tort**, Sixth Edition, Oxford University Press, 2009, s. 291 vd., Jenny Steele, **Tort Law**, Second Edition, Oxford University Press, 2010, s.31 vd., W.V.H. Rogers, **Tort**, 18th Edition, Sweet and Maxwell, 2010, s.97 vd., Paula Giliker/Silas Beckwith, **Tort**, Fourth Edition, Sweet and Maxwell, 2011, s.8 vd., David Howarth, **Textbook on Tort**, Butterworths, 1995, s. 25 vd., Roberts Stevens, **Torts and Rights**, Oxford University Press, 2007, s.20 vd., K.M. Stanton, **The Modern Law of Tort**, Sweet and Maxwell, 1994, s.161 vd.

¹⁶³ Eren, **a.g.e.**, s.1283, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 626.

eden bir fiil ise, ceza yasalarında öngörülen daha uzun süre zamanaşımı süresi olarak uygulanır.

2. Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Alacaklarda Zamanaşımı

Kamu ihale sözleşmelerinde zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde sözleşmenin niteliği ve sözleşmeden doğan borçların muaccel olma zamanları önem taşımaktadır. Kamu ihale sözleşmesinin niteliğinin satım sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ya da eser sözleşmesi olmasına göre zamanaşımı süreleri farklılaşmaktadır. İdare açısından edimin ifa edilmesini talep etme konusundaki zamanaşımı sözleşmede belirtilen muacceliyet süresinin sonundan itibaren genel zamanaşımı süresine tabidir. Ancak zamanaşımı konusunda önem taşıyan husus, yüklenicinin idareden alacağına ne zaman muaccel hale geldiği ve zamanaşımı süresinin tespitidir. Tip sözleşme tasarılarında idarenin sözleşme bedelini ne zaman ödeyeceği konusunda düzenlemeler bulunmaktadır. Meselâ, yapım işlerine ait tip sözleşmenin 11.2. maddesinde “*Hakediş raporları, bu sözleşmenin eki olan yapım işleri genel şartnamesinde düzenlenen esaslar çerçevesinde kanuni kesintilerde yapılarak her ayın ilk beş günü içinde düzenlenir. Hazırlanan hakediş raporları idarece onaylandıktan sonra otuz gün içinde tahakkuka bağlanarak on beş gün içinde ödenir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Hakedişler, kesin hesaptan mahsup edilecek ara ödeme niteliğindedir ¹⁶⁴ . Dolayısıyla kısmi kabul yapılmayan kamu ihale sözleşmelerinde müteahhidin alacağı bedelin zamanaşımı başlangıç süresi, kesin kabul tarihinden itibaren başlar ¹⁶⁵ . Zamanaşımı süresi eser sözleşmelerinden doğan alacaklarda kural olarak 5 yıldır (TBK m. 147/6). Eğer müteahhidin ağır kusuru sonucunda eserde ayıp sözkonusu ise bu durumda zamanaşımı kesin kabulden itibaren 20 yıldır (TBK m. 478). Taşınmaz dışındaki diğer eser sözleşmelerinden doğan alacaklar için

¹⁶⁴ HGK 15.11.1969 tarihli ve 1967/157-819 sayılı Kararı. Kaplan, **a.g.e.** , s. 213.

¹⁶⁵ Kaplan, **a.g.e.**, s. 297.

zamanaşımı süresi teslim tarihinden başlayarak iki yıldır. Kamu ihale sözleşmelerinin eser sözleşmesi dışında kalan sözleşmeler için zamanaşımı süresi her bir sözleşme çeşidi için ayrı ayrı belirlenmelidir. Buna göre, kira bedelleri için 5 yıl (TBK m. 147/1), vekalet sözleşmesinden doğan alacaklar için 5 yıl (TBK m. 147/5), hizmet akdinde işçinin alacağı için bu süre 5 yıl (TBK m. 147/1) olarak öngörülmüştür.

II. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNDA YER ALAN SEBEPLER

A. Mücbir Sebeplerin Ortaya Çıkması Sebebiyle Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi

1. Kavram

Mücbir sebep (force majeure, force major, höhere Gewalt) kişinin kendisi dışında gelişen önceden öngörülmesi ve önlem alınması mümkün olmayan, sorumluluğu, illiyet bağı yokluğundan dolayı ortadan kaldıran olaylardır¹⁶⁶. Borçlunun fiili ile edimin yerine getirilmemesi arasındaki illiyet bağı (causal connection) mücbir sebebin ortaya çıkması ile kesilir. Mücbir sebep bütün sorumluluk alanlarında etkilidir¹⁶⁷. Meselâ, haksız fiilden doğan sorumluluğun ortadan kalkmasında mücbir sebep, fiil ile sonuç arasındaki illiyet bağını keserken sözleşmeden doğan sorumlulukta da aynı etkiyi meydana getirmektedir. Mücbir sebep işin niteliğine göre borçlunun sorumluluğunu hafifletir veya ortadan kaldırır.

¹⁶⁶ Christoph Brunner, **Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles**, Kluwer Law International Press, 2009, s. 78.

¹⁶⁷ Brunner, **a.g.e.**, s.78. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Abdullah Pulat Gözübüyük, **Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1977.

2. Şartları

Mücbir sebebin tanımından hareketle bir dışsal olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için üç unsurun bulunması gereklidir¹⁶⁸. Bunlar;

(1) Mücbir sebep tarafların fiilinden kaynaklanmamalıdır. Gerçekten de borca aykırı davranış ile sonuç arasındaki illiyet bağının kesilebilmesi için, mücbir sebebin taraflardan kaynaklanan bir olay olmaması gerekir. Mücbir sebep olarak nitelendirilen olayın, tamamen sözleşmenin tarafları dışındaki etkenlerden doğmuş olması onun cebriliğini ortaya koyar¹⁶⁹.

(2) Mücbir sebep önceden öngörülemeyen olmalıdır. Beklenmeyen halle, mücbir sebep arasındaki temel fark, mücbir sebebin önceden öngörülmesinin mümkün olmamasıdır. Mücbir sebep tarafların iradesi dışında, borcun ifa edilmesini engelleyen bir olgudur. Genel olarak, deprem, su baskını, sel, yıldırım çarpması gibi tabii olaylar mücbir sebep olarak nitelendirilse bile, mücbir sebebin doğmasına üçüncü kişilerin fiilleri de sebep olabilir. Üçüncü kişiden kasıt bir devlet olabileceği gibi, başka bir tüzel kişilik ya da gerçek kişi olabilir¹⁷⁰.

(3) Mücbir sebep borçlu tarafından önlenemez olmalıdır. Mücbir sebebe neden olan olayın gerçekleşmesine borçlu hiçbir şartta, objektif olarak engel olamaması gerekir. Önlenemezlik olgusu illiyet bağını keser¹⁷¹. Mücbir sebeple illiyet bağının kesilmesi, borçlunun ediminin ifa edilmemesindeki sorumluluğunu kaldırır.

¹⁶⁸ Mücbir sebebin unsurları altıya ayırarak inceleyen yazarlar bulunmaktadır. Buna göre, fiil, dışsallık, fiilin borcu ihlal etmesi, illiyet bağı, fiilin kaçınılmaz ve önlenemez olması mücbir sebebin unsurlarındandır. Burak Yağız Atlı, **Kamu İhale Mevzuatı Açısından Mücbir Sebeplerin İncelenmesi**, Kamu İhale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2008, s. 32 vd. Brunner, **a.g.e.**, s. 78 vd.

¹⁶⁹ Brunner, **a.g.e.**, s. 99.

¹⁷⁰ Brunner, **a.g.e.**, s. 113 vd.

¹⁷¹ Brunner, **a.g.e.**, s. 345.

3. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Yer Alan Mücbir Sebep Halleri

Kamu ihale sözleşmelerinde mücbir sebep halleri özel olarak düzenlenmiş ve özel sonuçlar bağlanmıştır. Ancak, düzenleme şeklinden, beklenmeyen halle birlikte mücbir sebebin de düzenlendiği düşünülebilir. Diğer taraftan, Kamu İhale Kurulunun mücbir sebebe ilişkin verdiği kararlarda, sonraki imkânsızlığın da bu kapsamda mütalaa edildiğini görmekteyiz¹⁷². Bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilip yüklenicinin sorumluluğunu hafifletmesi veya sona erdirmesi için şeklî şartlar da öngörülmüştür. Şeklî şartların öngörülmesinin temel sebebi, kamu alımının temel gayesi olan kamu hizmetlerinin sürdürülmesi ve kesintiye uğramasının önüne geçilmesidir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10 uncu maddesinin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre idare, mücbir sebebi kendiliğinden dikkate alamaz. Mutlaka yüklenici tarafından usulüne uygun bir başvuru üzerine, idarece veya Kamu İhale Kurulu tarafından bir mücbir sebep kararının, her bir sözleşmeye ilişkin olarak alınması gerekir. Anılan Kanun, bazı halleri mücbir sebep olarak belirlemiş ve bu hallerin gerçekleştiği durumlarda, yüklenicinin idareye başvurması üzerine, idarece mücbir sebep kararı verileceğini hükme bağlamıştır¹⁷³.

Kanunda belirtilen mücbir sebep halleri beş bent halinde sayılmıştır (KİSK m. 10). Ayrıca tarafların bazı doğa olaylarını sözleşme ile mücbir sebep haline getirmelerine engel bulunmamaktadır. Bunun örneğini Bayındırlık ve İskân Bakanlığı tarafından 07.07.1982 tarihinde yayınlanan Genelge ile çalışılmayacak günlerin sözleşme hükmü haline getirilmesinde

¹⁷² 03.03.2011 tarihli ve 2011/DK.D-27 sayılı Kamu İhale Kurulu Kararında kırsal motorin alımına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından ürünün satışının sınırlandırılması nedeniyle mücbir sebep müessesesinin uygulanması gerektiğine karar verilmiştir. www.kik.gov.tr. ET. 23.07.2011.

¹⁷³ Uslu, **a.g.e.**, s. 91.

görülür¹⁷⁴. Bunun dışında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda öngörülen mücbir sebep halleri aşağıda açıklanmıştır.

a. Tabii Afetler

Deprem, sel, su baskını gibi doğal afetler kamu ihale sözleşmeleri bakımından mücbir sebep niteliğindedir. Bir doğal afetin mücbir sebep sayılabilmesi için doğal afetin varlığı ve sözleşmeye etkisinin ilgili makamlarca belgelendirilmesi gerekir (KİSK m. 10/son).

b. Genel Grev

Grev, işçilerin, iş verene veya diğer sosyal politika değişikliklerine tepki vermek amacıyla, topluca çalışmamak sureti ile, işyeri faaliyetinin tamamen veya kısmen durdurularak, sendikalar veya kendi aralarında organize etmek sureti ile iş bırakmalarıdır¹⁷⁵. Genel anlamdaki grevden farklı olarak, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “kanuni grevin” mücbir sebep sayılacağını ortaya koymuştur. Gerçekten de işi bırakma eylemi yasal gerekçelere dayanmıyorsa kamu ihale sözleşmesinden doğan edimlerin ifa edilmesinde bu husus üçüncü kişinin ağır kusuru olarak nitelendirilebilir¹⁷⁶. Üçüncü kişinin ağır kusuru ise, ifa etmeme fiili ile sonuç arasındaki illiyet bağına borçlu açısından keser.

Kanunî grev¹⁷⁷, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 25 inci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre, *“Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin iktisadî ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak ve*

¹⁷⁴ 07.07.1982 tarihli Bayındırlık Bakanlığı Yapı İşleri Genel Müdürlüğü'nün il ve ilçelere göre çalışılmayan günler listesinde bu süreler belirlenmiştir.

¹⁷⁵ Çelik, **a.g.e.**, s. 592.

¹⁷⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 566.

¹⁷⁷ Çelik, **a.g.e.**, s. 598.

düzeltilmek amacı ile bu kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir." Bu tanımlamaya uymayan greve is kanun dışı grev olarak tanımlanır¹⁷⁸. Kanuni grev kararının nasıl alınacağı ve süresi anılan Kanunun 27 vd. maddelerinde açıkça ortaya konulmuştur. Kanunda belirlenen grev halinin oluşması durumunda yüklenici buna ilişkin belgeler ile idareden mücbir sebep talebinde bulunması gerekir.

c. Genel Salgın Hastalık

Salgın hastalıklar toplumdaki bireyler arasında giderek yayılma eğilimi gösteren hastalıklardır. Salgın hastalıklar sözleşmenin ifasına engel oldukları müddetçe mücbir sebep olarak nitelendirilir. Karantina hali, epidemik ve pandemik salgınlar durumunda genel salgın hastalıkların mücbir sebep olarak değerlendirilmesi mümkün olur. Bu durumda belgelendirme yetkisi ise, il sağlık müdürlüklerinde veya Sağlık Bakanlığındadır.

d. Kısmî veya Genel Seferberlik

Kısmi veya genel seferberlik tanımlarına 04.11.1983 tarihli 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununun ikinci maddesinde yer verilmiştir. Buna göre genel seferberlik, ülkenin tümüne yönelik bir tehdidin karşılanması, mevcut bütün güç ve kaynakların kullanılabilmesi için ülkenin bütününde uygulanan seferberlik olarak tanımlanmaktadır. Kısmi seferberlik ise, ülkenin bir veya birden fazla bölgesinde uygulanan ve bütün güç ve kaynaklarının kullanılmasını gerektirmeyen seferberliktir. Eğer bu yükümlülükler seferberlik ilânından önce yapılmış kamu ihale sözleşmesindeki edimlerin ifasını engelliyorsa yüklenici tarafından seferberlik ilânından sonra 20 gün içinde idareye mücbir sebep hali dolayısıyla başvurulması gerekir.

¹⁷⁸ Çelik, a.g.e., s. 593.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10 ncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde savaş hali öngörülmemiştir. Savaş halinin de seferberlik hali gibi mücbir sebep halleri arasında sayılması gerekir. Kaldı ki burada sayılmasa da (e) bendinde Kamu İhale Kurumuna verilen yetki, çerçevesinde savaş hali mücbir sebep olarak kabul edilebilir.

e. Kamu İhale Kurumu Tarafından Belirlenecek Haller

Mücbir sebeplerin, kamu ihale sözleşmelerinde süre uzatımı sebebi olarak kullanılmasının şartları ve usulü Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 17.1.1 maddesi ile 17.1.2 maddesinde, Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşmenin 25.1.1 maddesi ile 25.1.2 nci maddesinde, Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 29 uncu maddesinde belirlenmiştir. Ancak bu düzenlemelerde mücbir sebebe bağlanan sonuçlardan sadece süre uzatımına ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

Bir mücbir sebep halinin sözleşmede süre uzatımı sebebi olarak kabul edilebilmesi için bazı şartları taşıması gerekmektedir. Bu şartlar hem idare tarafından verilecek mücbir sebep hallerinde göz önünde bulundurması gereken şartlardır, hem de Kamu İhale Kurumu tarafından mücbir sebep hali olarak bir olayın nitelendirilmesinde kullanılır¹⁷⁹. Burada iki yetkiyi birbirinden ayırmak gerekir. Kanunda sayılan bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin yetki idarenindir. Kamu İhale Kurumu ise Kanunda sayılmayan ve sözleşmenin ifasını engelleyen olayın mücbir sebep olarak sayılıp sayılmayacağına karar verir (KİGT m. 25.3). Kamu İhale Kurumunun kararı üzerine idare olayın sözleşmeyi etkilemesine göre mücbir sebep olarak kabul edip etmeme yetkisine sahiptir. Kamu ihale sözleşmesindeki edimin ifasını imkânsızlaştıran olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için;

- (i) Yüklenicinin kusurundan kaynaklanmamış olması,
- (ii) Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması,
- (iii) Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi

¹⁷⁹ Bilir, a.g.e., s. 169.

- (iv) Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması
- (v) Yetkili merciler tarafından¹⁸⁰ belgelendirilmesi gerekmektedir.

Bu şartları taşıyan bir olayın mücbir sebep olarak değerlendirmesini idare adına sözleşme yapmaya yetkili makam yapar ve kararını verir. Eğer yukarıdaki şartları taşıyan bir başvuru 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan hususlardan değil ise idare bu olayın mücbir sebep olup olmadığı konusunda Kamu İhale Kurumuna başvurur.

(1) Kuruma Başvuru Şartları

Kamu İhale Genel Tebliğinin¹⁸¹ 25.3.1 inci maddesi ve devamında Kamu İhale Kurumu'na mücbir sebep hali başvurularını taşıyacağı hususlar belirlenmiştir. Buna göre yüklenicinin mücbir sebep hali olarak nitelenebilecek olayın ortaya çıkması üzerine bir dilekçe ile 20 gün içerisinde idareye başvurması gerekir. İdare tarafından, sebebin Kanunda sayılan nedenlerden olmadığına anlaşılması üzerine dilekçe ve ekleri ile birlikte, olayın mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin idarenin görüşü Kamu İhale Kurumuna gönderilir. Kamu İhale Kurumu meydana gelen olayın önlenemezlik ve öngörülmezlik kriterlerine¹⁸² ve Kanunda sayılan nedenlerle benzer olup olmadığına bakarak halin mücbir sebep olup olmadığına karar verir.

(2) Kurum tarafından Belirlenen Mücbir Sebep Halleri

Kamu İhale Kurumu kendine gelen başvuruları “önlenemezlik” ve “öngörülmezlik” kriterleri ile, olayın doğurduğu etki açısından değerlendirir.

¹⁸⁰ Meselâ, Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı.

¹⁸¹ 22.08.2009 tarihli ve 27327 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

¹⁸² Eren, **a.g.e.**, s. 560-561, Oğuzman/Öz, Cilt 1, **a.g.e.**, s. 474.

Mücbir sebep olarak belirlenen haller, Kamu İhale Tebliğinde yayınlanıp benzer durumlara uygulanması istenirken, daha sonra bu uygulamadan vazgeçilmiştir¹⁸³. Kanunda belirtilen ve mücbir sebep hali olarak kabul edilen haller ile Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen mücbir sebep hallerinin yayınlanması ve benzer sözleşmelerde uygulanması hem açıklık ve şeffaflık¹⁸⁴ ilkelerine hem de bürokrasinin azaltılmasına hizmet edecektir.

Kamu İhale Kurumu tarafından her sözleşmeye ilişkin ayrı ayrı mücbir sebep hali belirlenmektedir. Belirlenen bu hallerde çoğu zaman beklenmeyen halleri ile mücbir sebebin karşılaştırıldığını görmekteyiz (KİGT m. 25.3.1). Mücbir sebep hali ile birlikte beklenmeyen hal için aynı hukukî sonuçların bahşedilmesi adalet duygusuna ve hukuka uygun düşmez.

f. Mücbir Sebebin Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

Mücbir sebep, genel anlamda fiille sonuç arasındaki illiyet bağıını ortadan kaldırdığı için borçluyu edimin yerine getirilmesi borcundan da kurtarır. Bununla birlikte 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10 uncu maddesi, mücbir sebebin sözleşmeye etkisini iki noktada toplamıştır. Eğer mücbir sebep yüzünden sözleşmedeki edimin ifa edilme imkânı kalmamışsa sözleşme feshedilecektir. Ancak mücbir sebep hali sadece teslimde gecikmeye yol açmışsa, bu durumda bu gecikme süresi teslim süresine eklenerek kamu ihale sözleşmesine devam edilecektir. Kanaatimizce burada sonraki imkânsızlıkla mücbir sebep karıştırılmış bulunmaktadır. Sonraki imkânsızlıkta sözleşmenin feshedilmesine ilişkin belirlenen şartlar göz önünde bulundurulduğunda, bu şartlar mücbir sebep müessesesine taşınmış bulunmaktadır. Ancak bedel hasarı ve edim hasarı konusunda da herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

¹⁸³ 22.08.2009 tarihli ve 27327 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

¹⁸⁴ Kai Krüger, et al., **European Public Contracts in a Labour Law Perspective**, DJOF Publishing, 1998, s. 59.

B. İş Artışı İle İşin Tamamlanamayacağına Anlaşılması Üzerine Sözleşmenin Sona Ermesi

1. İş Artışı Kavramı

İş artışı, taahhüdün başlangıçta belirlenen sözleşme bedeli ile tamamlanmasının mümkün olmadığı hallerde, hem sözleşme bedelinde hem de yapılacak iş miktarında meydana gelen artış olarak tanımlanır. İş artışı Türk Borçlar Kanununda “götürü bedel” (BK m. 365’de “götürü taahhüt” olarak yer almıştır.) eser sözleşmesine ilişkin olarak 480 inci maddesinde yer verilmiştir. Anılan hüküm TBK’da yer aldığı haliyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun iş artışına ilişkin hükmüne de ilham vermiştir. TBK m. 480’de yer alan, “*Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.*” hükmü, kamu ihale sözleşmelerinde iş artışının temelini oluşturmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu anlamında götürü bedel, eserin meydana gelmesi için bedelin baştan belirlendiği tüm eser sözleşmesi türlerini kapsamaktadır¹⁸⁵. Bu sebeple 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre yapılan anahtar teslimi götürü bedel, götürü bedel ve birim fiyatlı sözleşmeler “götürü bedel” sözleşmedir. TBK m. 480, BK m. 365 ile aynı hükmü ihtiva etmekle birlikte ikinci fıkranın son cümlesinde değişiklik getirmiştir. Buna göre ani edimli bir sözleşme olan eser sözleşmesinde dönme ile sözleşme sona erdirilirken, dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde yüklenici tarafından sözleşmenin feshedilebileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu fıkradaki bir diğer değişiklik BK m. 365/2’de fesih hakkının mahkeme yoluyla kullanılabileceği belirlenmişken, TBK m. 480/2’de yüklenicinin hakimden sözleşmenin uyarlanmasını isteyebileceği, bunun mümkün olmaması veya uyarlamanın karşı taraftan beklenememesi durumunda,

¹⁸⁵ Aral/Ayrancı, a.g.e., s. 368, Yavuz, a.g.e., s. 466.

dönme hakkının yüklenici tarafından kullanılabilceği hüküm altına alınmıştır. Anılan hükümlerde aslında iş artışı olan uyarlama talebinde herhangi bir oran ya da sınırlama kabul edilmemiştir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ilk halinde hiçbir iş artışı öngörülmemiş iken 30.07.2003 tarihli ve 4964 sayılı kanunun 46 ncı maddesi ile iş artışı öngörülmüştür¹⁸⁶.

2. İş Artışının Şartları

Türk Borçlar Kanunu iş artışı, götürü bedel sözleşmelerde önceden öngörülemelik veya öngörülese bile taraflarca dikkate alınmayan olguların, belirlenen bedel ile eserin yapılmasına engel olması halinde mümkün kılmış iken¹⁸⁷, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hem diğer sözleşme tiplerinde uygulanabilecek hem de daha sıkı şartları içeren bir sistem öngörmüştür. Anılan Kanunda öngörülen iş artışının şartlarını beş başlıkta incelemek mümkündür.

a. Artışın Sözleşmeden Önce Öngörülmemiş Olması

Sözleşmeden önce öngörülmezlik hem Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde, hem de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan iş artışına ilişkin hükümde yer alan bir şarttır. Kamu ihale sözleşmesinde iş artışının söz konusu olabilmesi için, artışa konu olacak iş kısmının ihale dokümanının hazırlanması aşamasında idare tarafından öngörülmemiş olması gerekir¹⁸⁸. İhale dokümanının hazırlandığı dönemde öngörülebilen ancak idarenin tercihi sonucu ihale dokümanında yer verilmeyen hususlar daha sonra iş artışı yoluyla yaptırılamaz¹⁸⁹. Bunda basit bir mantık bulunmaktadır. Kanun koyucu, tezin birinci kısmında açıklanan kamu ihalelerinin sosyal ve ekonomik önemi dolayısıyla fiyatın mutlaka yarışmayla

¹⁸⁶ 4964 sayılı Kanunun gerekçesi, www.tbmm.gov.tr, E.T. 17.02.2009.

¹⁸⁷ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 370, Yavuz, **a.g.e.**, s. 467.

¹⁸⁸ Bilir, **a.g.e.**, s. 172.

¹⁸⁹ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 370, Yavuz, **a.g.e.**, s. 466.

oluşmasını aramaktadır. Kamu ihalelerinde meşruiyetin yegane aracı serbest yarışma şartları altında sözleşme fiyatının oluşmasıdır.

b. İş Artışının Zorunlu Olması

İş artışının bir diğer şartı zorunluluk unsurudur. Taahhüdün esas fonksiyonlarıyla tamamlanabilmesi için artışta zorunluluk bulunmalıdır. Bu da ancak işin devamına engel proje hatası/teknik şartname hatası veya teknolojik gelişme durumunda söz konusu olabilir. Meselâ, projede öngörülmemesine rağmen temel çalışması sırasında, su çıkması veya zeminin öngörülen metotla temel yapımına elverişli olmaması durumunda eserin tamamlanabilmesi için gerekli yalıtım sistemleri ya da yeni imalatlar bu zorunluluk kapsamında değerlendirilebilir. Bununla birlikte ihale dokümanında öngörülen bir iş kaleminin veya imalatın değiştirilmesi yoluyla iş artışı yapılmasına izin verilmemiştir¹⁹⁰. Ancak baştan öngörülmeyen imalatların yapılması için, projede öngörülen bazı imatları değiştirmek zorunda kalınması durumunda, projede yer alan ve yapılmayacak imalatın bedeli, yeni imalatın bedelinden düşülerek yükleniciye ödeme yapılır¹⁹¹. Bu belirleme, yılı içinde biten işlerin iş artışında sorun olmazken yıllara sari kamu ihale sözleşmelerinde fiyat farkı verilip verilmemesine göre değişkenlik göstermektedir. Gerçekten de fiyat farkı verilmesi öngörülen yıllara sari bir yapım ihalesinde sözleşme yılında öngörülen fiyat, imalat tarihinde fiyat farkı ile güncellenir. Bu nedenle imalat yılının, sözleşme yılından farklı olduğu sözleşmelerde mukayeseli keşif yaparak bedeli tespit etmek için fiyatların aynı dönemi yansıtır hale getirilmesi gerekir. Bu iki yöntemle olur; ya yeni imalâtı yapılacak işin fiyatının sözleşme yılına götürülmesi ya da imalâtı

¹⁹⁰ Kamu ihale sözleşmelerinde ortaya çıkan önemli bir hususta, sözleşmede olmamasına rağmen, yüklenici tarafından fazladan yapılan imatların karşılığını alıp alamayacağı hususudur. Sözleşmede karşı tarafın (İdarenin) rızası alınmaksızın yapılan fazla inşaatta, yüklenicinin emek ve sermaye sarfettiğine şüphe yoktur. Dolayısıyla müteahhidin sözleşmede yazılı olandan daha fazla inşaat yapması durumunda buna ilişkin emek ve masraflarının karşılığını alabilmesi gerekir. Halil Akkanat; “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, s. 63-76, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 73.

¹⁹¹ Kemer, **a.g.e.**, s. 78.

yapılmayacak işin, fiyatının yeni imalâtı yapılacak işin yapıldığı tarihe kadar güncellenmesi ile olur. Güncelleme ÜFE dikkate alınmak sureti ile yapılmalıdır. Çünkü ÜFE ile TÜFE hesaplaması arasındaki temel fark TÜFE'nin hesaplanmasında KDV'nin dikkate alınmasıdır. Kamu ihale sözleşmelerinde KDV, hesaplanan ödeme içinde yer almayıp ayrıca yükleniciye ödenir.

Yeni imalatın fiyatının belirlenmesi konusuna Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 20 nci maddesi ve devamında, Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 37 nci maddesinde yer verilmiştir. İş artışına konu olan işin yapım işi olması halinde öncelikle iş kaleminin tespit edilerek daha sonra fiyatının tespit edilmesi gerekir. Hizmet alımlarında ise iş kaleminin tespiti ile ilgili bir belirleme olmayıp, yeni iş kaleminin belirlenmesi idarenin takdirine bırakılmış, ancak yeni birim fiyatın tespiti konusunda ayrıntılı düzenlemeler Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin anılan hükmünde yer almaktadır.

c. Sözleşmeye Esas Proje İçinde Kalınması

İş artışı yoluyla ihale aşamasında belirlenen proje veya ihtiyaç bütünlüğünün iş artışı yoluyla değiştirilmemesi gerekir (KİSK m. 24)¹⁹². Başlangıçta öngörülen proje veya teknik şartname ile karşılanan ihtiyacın gereklerine uygun değişiklikler ancak iş artışına konu olabilir. Meselâ, iki katlı okul yapımını içeren bir kamu ihale sözleşmesinde iş artışı yoluyla üçüncü kat eklenemez. İş artışı durumunda da iki katlı okul yapılması projesinden vazgeçilmemelidir. Bu hususun tespitinde idarî şartnamede ve ihale ilânında yer alan iş tanımından hareket etmek yerinde olur¹⁹³.

¹⁹² Kemer, a.g.e., s.78.

¹⁹³ Bilir, a.g.e., s.173.

d. Artan İşin İdareyi Külfete Sokmaksızın Asıl İşten Ayrılmasının Teknik veya Ekonomik Olarak Mümkün Olmaması

İş artışına konu olan iş teknik olarak ya da ekonomik olarak asıl işten ayrılabiliriyorsa bunun yeniden ihale edilerek yaptırılması gerekir. Ancak iş devam ederken artışa konu olan işin yapılması gerekiyor ya da ayrıca o işin yaptırılması idareyi daha fazla malî külfete sokuyorsa iş artışı söz konusu olabilir¹⁹⁴. Meselâ, yukarıda verdiğimiz temel örneğinde¹⁹⁵, temelde yalıtım yapılmaksızın bina inşaatı yapılmayacağından öncelikle bu işin yapılması gerekir.

e. Kanunî Oranlar Dahilinde İş Artışı Yapılması

Türk Borçlar Kanunu sisteminden farklı olarak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda iş artışında tavan sınırlar belirlenmiş ve her alım türüne göre bunu farklılaştırılmıştır¹⁹⁶. Buna göre anahtar teslimi götürü bedel yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una kadar, birim fiyatlı yapım işi, mal alımı ve hizmet alımı sözleşmelerinde ise sözleşme bedelinin % 20'sine kadar iş artışı yapılabilir. Götürü bedel mal alımları ile hizmet alımlarında iş artışına izin verilmemiştir¹⁹⁷. Diğer taraftan, birim fiyatlı yapım işi sözleşmelerinde Bakanlar Kurulu bu oranı % 40'a kadar her bir sözleşme bazında artırabilir.

Süreklilik arz eden ve birim fiyat üzerinden sözleşmeye bağlanan hizmet alımlarında, sürenin uzatılması yoluyla iş artışına Kamu İhale Genel Tebliği'nin 26.2 maddesi ile izin verilmemiştir¹⁹⁸. Birden fazla mal kaleminin

¹⁹⁴ Kemer, **a.g.e.**, s.79.

¹⁹⁵ Bkz. s. 148.

¹⁹⁶ Altaş, **Yaklaşık Ücret**, s.76.

¹⁹⁷ KİSK m. 24'te sadece anahtar teslimi götürü bedel yapım işlerinde iş artışına izin verilirken mal alımlarında ve hizmet alımlarında yapılan götürü bedel sözleşmelerde iş artışına izin verilmemiştir.

¹⁹⁸ KİGT m. 26.2'de bu hususa yer verilmiştir.

alımına ilişkin birim fiyatlı kamu ihale sözleşmelerinde iş artışı her kalemde % 20 oranında yapılabilir¹⁹⁹.

3. İş Artışının Mümkün Olmaması Sebebiyle Sözleşmenin Feshi

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 24 üncü maddesinde yer verilen oranlar ve şartlar çerçevesinde işin tamamlanmasının mümkün olmadığı anlaşılırsa artış yapılmaksızın sözleşmenin feshedilmesi gerekir²⁰⁰. Bu durumda idarece yeni şartlara uygun ihale dokümanı ile yeni bir ihale yapılması gerekir. Anılan hükmün üçüncü fıkrasının son cümlesinde yer alan, *“Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur.”* hükmü yanlış uygulamalara yol açmaktadır.

Eğer iş artışıyla işin tamamlanamayacağı anlaşılırsa artış yapılmaksızın sözleşme feshedilirse, iş nasıl tamamlanacaktır? Bu konuda benzer bir düzenleme 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 63 üncü maddesinin ikinci fıkrasında bulunmaktadır. Bu hükümde *“Keşif bedeli artışının % 30’u geçmesi halinde sözleşme feshedilir. Ancak bu durumda müteahhit işin keşif bedeli ve % 30 keşif artışının karşılığı işleri sözleşme ve şartnamesindeki hükümler çerçevesinde yapmaya zorunludur. Taahhüdün % 30 keşif artışı ile bitmemesi ve tasfiye edilmesi halinde müteahhit, idareden hiçbir masraf ve tazminat isteyemez.”* hususları yer almaktadır. Bu hükme istinaden 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa tabi sözleşmelerde

¹⁹⁹ KİGT m. 26.3’te mal alımlarında iş artışına ilişkin kuralların yorumunda Kamu İhale Kurulu tarafından farklı bir yaklaşım sergilenmiştir.

²⁰⁰ Yüklenicinin sözleşmede yazılı bedelden daha fazla iş yapması durumunda ödemenin nasıl yapacağı hususu yargı kararlarına konu olmuştur. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 18.02.2013 tarihli ve E:2012/1471, K: 2013/1058 sayılı Kararında; *“...varsa sözleşme dışı fazla imalâtın sözleşmenin 28. maddesi ve YİĞŞ’nin 22. maddesi uyarınca sözleşme bedelinin %10’una kadar olanını sözleşme fiyatlarıyla, daha fazla ise 818 Sayılı BK’nın 410. ve devamı maddelerince yapıldığı tarihteki piyasa fiyatlarıyla bulmak ve davacı hakedişine ilâve etmek, böylece bulunacak davacı alacağından ödemelerin mahsubuyla kalanı hüküm altına almak, cezai şart ve teminata ilişkin davanın reddine karar vermekten ibarettir.”* hususlarına yer verilmiştir. (Yayınlanmamış Karar) Buna göre, sözleşme bedelini aşan kısım öncelikle iş artışına ilişkin hükümlere göre kalan kısım ise, vekaletsiz iş görme (TBK m. 526) hükümlerine göre ödenecektir.

de benzer bir çözümün kabul edildiği iddia edilse bile, hükmün yazılışı ve amacından böyle bir çıkarımı yapma imkânı ortadan kalkar. Anılan Kanunda, ihale sözleşmesinin devam etmesine engel olan husus, sözleşme bedelinin % 10 /% 20'si ile giderilemiyorsa sözleşmeye devam edilmesini kanunen imkânsız hale getirilmiştir. Burada yer alan son cümleyi “fesih haline kadar olan işlerin ihale dokümanına uygun olarak tamamlanması” şeklinde anlamak kanunun ratio legis'ine daha uygun olur.

C. İş Eksilişi Sebebiyle Sözleşmenin Feshi

1. İş Eksilişi Kavramı

İş eksilişine ilişkin 4735 sayılı Kamu İhale sözleşmeleri Kanununun son fıkrasında yer alan hükmün BK m. 365/3'ten (Aynı hüküm TBK m. 480/3) esinlendiğini söyleyebiliriz. Gerçekten de anılan hükümde yer alan “*Yapılacak şey, evvelce tahmin edilen miktardan az bir say ile vücuda gelmişse...*” ibaresi bir anlamda iş eksilişinin de tanımını vermektedir. Buna göre, iş eksilişi işin sözleşmede belirlenen bedel veya emekten daha az bedel veya emek harcanmasıyla bitirilmesidir²⁰¹. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu iş eksilişini şartlara bağlamıştır.

2. İş Eksilişinin Şartları

a. İşin Sözleşme Bedelinin % 80'inden Daha Az Bedelle Tamamlanacağı Anlaşılması

Kamu ihale sözleşmesinde tanımlanan işin öngörülen bedelden daha az bir bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, idare tarafından iş eksilişi yoluyla sözleşme sona erdirilebilir. Burada dürüstlük kuralından dolayı ileriye

²⁰¹ Aral/Ayrancı, a.g.e., s.368., Yavuz, s. 477.

etkili olarak sözleşmenin sona erdirilmesi gerekir. Kamu ihale sözleşmelerinde işin sözleşme bedelinin % 80'inden az bir bedelle tamamlanması durumunda Türk Borçlar Kanunundan ayrılmış, ancak %80'in üzerindeki bir bedelle tamamlanma durumunda herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bu boşluk Türk Borçlar Kanunu hükümleriyle doldurulabilir. Bu takdirde “*Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile işsahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.*” (TBK m. 480/3) hükmüne istinaden bedelin tamamının yükleniciye ödenmesi gerekir²⁰².

b. İşin Bitirilmesi

İş eksilişinin söz konusu olduğu hallerde yüklenici işi bitirmek zorundadır. Teorik olarak anahtar teslim götürü bedel yapım işlerinde ve götürü bedel mal ve hizmet alımlarında iş eksilişi yapılamaz. Ancak uygulamada ihtiyaç ortadan kalktığı için bu tür sözleşmelerde de iş eksilişi yapılmaktadır. Bu husus 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 24/4 maddesi ile Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendirilmelidir²⁰³.

c. Sözleşme Bedelinin % 80'i İle Yapılan İş Miktarı Arasındaki Bedelin % 5'inin Yükleniciye Ödenmesi

Kamu ihale sözleşmesine konu olan iş, sözleşme bedelinin % 80'inden daha az bir bedelle tamamlanırsa, fiilen gerçekleşen tutarla, sözleşme bedelinin % 80 arasındaki farkın, % 5'i eksiliştikten sonraki geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden yükleniciye ödenir. Fiilen gerçekleşen yüzde ile sözleşmenin % 80'lik kısmının tespitinde sözleşme yılı fiyatları esas alınırken, % 5'lik ödeme kısmının bedelinin belirlenmesinde geçici kabul tarihi fiyatları esas alınır. Sözleşme bedelinin % 80'inden sonra yapılan iş

²⁰² Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 368.

²⁰³ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 368.

eksilişinden Türk Borçlar Kanununun yukarıda verilen hükmü gereği bedelin tamamının ödenmesi gerekir.

§ 6. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN İDAREDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK

Synallagmatik sözleşmelerde taraflardan birinin haklı sebeplerle sözleşmeyi feshetme hakkı bulunduğunu söylerken, diğer tarafın feshetme hakkının bulunmadığını söylemek imkânsızdır. Dolayısıyla tarafların eşit olduğunun temel ilke olarak kabul edildiği kamu ihale sözleşmelerinde yüklenicinin de sözleşmeyi haklı sebeplerle sona erdirme hakkı bulunmaktadır. Bununla birlikte, tip kamu ihale sözleşmelerinde ya da ikincil mevzuatta bu hususta bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yüklenici, kamu ihale sözleşmesinde belirlenen yükümlülüklerin idare tarafından yerine getirilmemesi durumunda fesih hakkı kullanılabilir. Bu kısa açıklamanın yanında, idarenin borca aykırılık teşkil edebilecek ve yüklenici tarafından sözleşmenin sona erdirilmesine neden olacak halleri üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar,

- (1) Temerrüt,
- (2) İdarenin kusurlu olduğu sonraki imkânsızlık,
- (3) Kötü ifa, şeklinde sıralanabilir.

II. İDARENİN TEMERRÜDÜ

İdarenin, kamu ihale sözleşmesinden doğan birçok edim yükümü bulunmaktadır. Meselâ, işyerinin teslimi, hak edişlerin ödenmesi, muayene ve kabul, idarenin edim yükümünün başlıcalarını oluşturur. Synallagmatik

sözleşmelerin bir türü olan kamu ihale sözleşmelerinde idare, hem alacaklının temerrüdüne hem de borçlunun temerrüdüne düşebilir.

A. Alacaklının Temerrüdü

Alacaklının temerrüdü, TBK'nın m. 106-111 (BK m. 90-95) maddeleri arasında düzenlenmiş bir müessesedir. Borçlunun edimini yerine getirmeye hazır olmasına karşılık, alacaklının, kendisinden beklenen ifayı kabul etmekten veya ifa fiiline katılmaktan kaçınmasına ilişkin fiil ve davranışlarına alacaklının temerrüdü denir²⁰⁴. Kamu ihale sözleşmelerinde alacaklının temerrüdü, hem kabulden kaçınma şeklinde ortaya çıkan temerrüt, hem de idarenin ifa için gerekli olan ifaya hazırlık hareketlerini yapması gerektiği durumlarda bunu yapmaması şeklinde karşımıza çıkar.

Alacaklının temerrüdünde, edimi kabulden kaçınan alacaklıya karşılık borçlunun sonsuza kadar sözleşmeyle bağlı tutulması taraflar arasındaki menfaat dengesini bozar. Bu sebeple, idarenin alacaklının temerrüdüne düştüğü durumlarda, yüklenici Türk Borçlar Kanunu m. 107 vd. maddelerde yer alan haklarını kullanabilir. İdarenin alacaklının temerrüdüne düştüğü durumlarda, yüklenicinin kamu ihale sözleşmesini sona erdirme usulü ve hallerine tezin üçüncü bölümünde yer verilecektir.

B. Borçlu Temerrüdü

İdarenin temerrüdünde yüklenicinin hakları TBK m. 470 (BK m. 355 vd) hükmü ve akit tipine uygun özel hükümler ile TBK m. 125 (BK m. 106 vd.) hükmüne dayanır. İdarenin edimini yerine getirmesinde vadenin belirli veya belirlenebilir ya da kesin vade olup olmadığına dikkat etmek gerekir²⁰⁵. Eğer

²⁰⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 1010. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Nevzat Koç, **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1992.

²⁰⁵ Neil Andrews et al, **Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies**, Published by Thomson Reuters UK Limited, 2011, s. 87.

belirli vade yoksa anılan hükümlerde yer alan hakları kullanabilmek için idarenin temerrüde düşürülmesi için ihtar gerekir (TBK m. 117). İdarenin temerrüde düşürülmesinden sonra ve verilen süre içerisinde borcunu ifa etmemiş ise veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise (TBK m. 124) yüklenici seçimlik haklarını kullanabilir²⁰⁶. Bu haklar;

- (1) Edimin yerine getirilmesini ve gecikme nedeni ile meydana gelen zararını talep etmeyi veya
- (2) Edimin ifasından vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararı talep hakkını ya da sözleşmenin feshi ile birlikte menfi zararını isteme hakkını,

İhtiva etmektedir.

III. İDARENİN KUSURLU OLDUĞU İMKÂNSIZLIK

Sonraki kusursuz imkânsızlık borçlunun edimini ifa etmemesinden kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırır. İmkânsızlık, kamu ihale sözleşmelerinde, yüklenicinin edim yükümüne ilişkin söz konusu olabileceği gibi idarenin edim yükümüne ilişkin de olabilir. Yüklenicinin edim yükümüne ilişkin daha sonraki imkânsızlıkta sorumluluğu sona erer.

İdarenin kusuru yüzünden edimin ifası imkânsız hale gelmişse, idare borca aykırılıktan dolayı sorumlu olur. Kusurlu ifa imkânsızlığında sözleşmenin kurulmasında sonra borçlunun kusurlu davranışı yüzünden edimin ifasının mümkün bulunmamasıdır²⁰⁷. Kusurlu imkânsızlığın söz konusu olabilmesi için edimin ifası sürekli ve kesin olarak imkânsız olmalıdır. Diğer taraftan imkânsızlık edim sonucuna ilişkin olmalıdır. İmkânsızlık maddi olabileceği gibi hukukî imkânsızlık ta bu kapsamda değerlendirilir. Bununla birlikte ekonomik güçsüzlük imkânsızlık olarak

²⁰⁶ Eren, **a.g.e.**, 1115 vd., Oğuzman/Öz, Cilt 1, **a.g.e.**, s. 559.

²⁰⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1036.

değerlendirilemez. Meselâ, idarenin bütçe kanunuyla verilen ödeneklerinde kesinti olması hali imkânsızlık olarak nitelendirilemez.

IV. KÖTÜ İFA

İfa konusu şeyden başka bir şeyin ifası olan yanlış (aliud) ifadan farklı olarak kötü ifa²⁰⁸, borç ilişkisine uygun olarak ifa edilmiş ancak edimin sözleşme ilişkisinde belirlenen vasıflardan yoksun olmasını ifade eder. İdare tarafından edimlerin kötü ifa edilmesi durumunda (Meselâ, malzeme ocaklarının inşaat için elverişli malzeme bulunmaması) yüklenici tarafından kamu ihale sözleşmesi feshedilebilir.

²⁰⁸ Aral, **Kötü İfa**, s. 92.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN FESİHLE SONA ERMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 7. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN FESİHLE SONA ERME USULÜ

I. GENEL OLARAK

Kamu ihale sözleşmelerinin olağanüstü yollarla sona erdirilmesi, yani ifadan önce feshedilmesi, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda özel usullere tabi tutulmuştur. Bunun nedeni, kamu ihale sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların en aza indirilmesi ve yüklenici ile idarenin haklarının korunmak istenmesidir. Kamu ihale sözleşmelerinin beklenen sona erme sebebi, ifa ile sözleşmenin sona ermesidir. Ancak ikinci bölümde yer verilen diğer hususlar da kamu ihale sözleşmelerini sona erdirir. Bununla birlikte tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile ihale sözleşmesi yapmak suretiyle de kamu ihale sözleşmesi sona erdirilebilir. Bu, irade serbestisi ilkesinin sözleşme hukukuna yansımaları olan sözleşme özgürlüğüne dayanmaktadır. Borcu sona erdiren sebeplerden dolayı kamu ihale sözleşmesinin sona ermesi, tarafların iradesine göre belirlenir. Sona ermenin ileriye etkisi ya da geriye etkisi, tarafların irade uyuşmasına veya sona erme sebebine göre değerlendirilir. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunundan kaynaklanan sebepler bildirimsiz sona erme halini oluşturduğundan, bu bölümde ayrıca sonuçları açıklanmamıştır.

Kamu ihale sözleşmelerinin feshinde, fesih nedenine göre farklı usuller öngörülmüştür. Bunu genel olarak iki grupta toplamak mümkündür.

A. Bildirimli Fesih

Bildirimli fesih, idarece verilen belli bir mehil sonrasında sözleşmenin sona ermesidir¹. 4735 sayılı Kanun İhale Sözleşmeleri Kanununun 16, 17, 18 ve 20 nci maddelerinde düzenlenen sona erme 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 Kanunun 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 şekilde bağlamıştır. Bu şartlar yerine getirilmeksizin yöneltelen fesih beyanı usulsüzdür.

B. Bildirimsiz Fesih

Bildirimsiz fesih, fesih için bildirim etkisiz kalacağı, ya da mehilin borca aykırılığı ortadan kaldıramayacağı hallerde öngörülmüştür. Gerçekten de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 17/a, 19, 20/b, 21, 23 ve 24 üncü maddelerinde yer alan hususlarda mehile gerek bulunmamaktadır. İdarenin fesih beyanıyla sözleşme ilişkisi sona erer².

¹ Bilir, **a.g.e.**, s. 187.

² Eren, **a.g.e.**, s. 1113, Oğuzman/Öz, Cilt 1, **a.g.e.**, s. 535. Ancak Yargıtay burada da iyiniyet kurallarını uygulamaktadır. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 21.01.2013 tarihli ve E:2012/7036, K:2013/251 sayılı Kararında; “*Davalının yazılı onayı olmadan ve tedbirsizce işçi sokmak suretiyle üç işçinin ölümüyle sonuçlanan iş kazasının, sözleşmenin 27. maddesi, 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 20/b, 25/f maddesi hükümleri gereğince, fesih sebebi*

Bildirimsiz fesih, idarenin fesih beyanı olmaksızın sözleşmenin sona erdirileceği şeklinde anlamamak gerekir³. Fesih de mutlaka feshedenin irade beyanının bulunması gerekir. Bildirimsiz fesihle, bildirimli fesih arasındaki temel fark, bildirimli fesihte verilen mehile rağmen sözleşmeye aykırılığın devam etmesi üzerine sözleşme sona erdirilirken, bildirimsiz fesihte bu mehile gerek bulunmamaktadır. Kanun koyucu Türk Borçlar Kanununun sözleşmenin sona erdirilmesi sistematığından ayrılmış ve kamu alımlarının önemine binaen fesih şartlarını idare lehine kolaylaştırmıştır. Ancak idarece fesih iradesinin ortaya konulmasını sıkı şekil şartlarına bağlamıştır. Bildirimli fesih hallerinde olduğu gibi bildirimsiz fesih hallerine ilişkin hükümlerde de maddeler arası atıf nedeniyle düzensizlikler yer almaktadır. Meselâ, 21 inci maddede sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranış nedeniyle fesih ve sonuçları düzenlenmişken, 22 nci maddede beyan tarihinden önceki bir tarih fesih tarihi olarak belirlenmiştir. Yani sözleşmenin feshi irade beyanı ile oluşurken, feshin hüküm ve sonuçları daha önceki bir tarihten başlamaktadır.

olduğu ileri sürülerek, davacılar sözleşmenin geriye etkili sonuç doğurur şeklinde feshine ilişkin bildirim de bulunulmuştur. Kural olarak, sözleşmenin feshine ilişkin irade beyanı tek taraflı bozucu yenilik doğuran haklardan olup, karşı tarafa ulaşmasıyla sonuç doğurur. Ancak, somut olayda mahkemece, yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu uzman bilirkişi kurulu tarafından sunulan 04.06.2009 günlü rapor ile buna ek raporda, sözleşme konusu işlerin %98 oranından fazla olarak tamamlanmış olduğu açıklanmıştır. Tüm deliller ve fesih sebebi olarak gösterilen yasal düzenlemeler ile sözleşme hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; az yukarıda belirtilen iş kazasının, yanlar arasındaki sözleşmenin, davalı yanca feshini gerektirecek bir sebep olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bilirkişi raporunda açıklandığı üzere; sözleşme konusu iş, iş sahibi davalı yanca reddedilemeyecek oranda tamamlanmış bulunduğundan sözleşmenin tek yanlı beyanı ile taraflarca feshi de mümkün değildir. Bu hukuksal nedenlerle, davalarda mahkemece, yanlar arasındaki sözleşmenin yürürlükte olduğunun tespitine karar verilmesi isabetli görülmüştür.“ hususlarına yer verilmiştir.

³ Yargıtay 15. HD, 09.06.2005 tarihli ve E:2004/6043, K:2005/3488 sayılı Kararı, www.kazanci.com, E.T. 21.09.2011.

II. SÖZLEŞMENİN İDARE TARAFINDAN FESHİ

A. Genel Olarak

İdarî işlemle, özel hukuk işlemi birbirinden ayıran temel nitelik, idarî işlemin tek taraflı kamu gücünün verdiği yetkiye dayanarak hukuk alanında sonuç meydana getirebilmesidir⁴. Oysa özel hukukta tarafların karşılıklı iradesi ve bunların uyumuyla, ya da kanunun imkân tanımıyla tek taraflı olarak hukukî işlem tesis etmek mümkündür. Kamu ihale sözleşmelerinde idarî işlemle özel hukuk işlemleri iç içe geçmiştir. Bu durum özellikle kamu ihale sözleşmelerinin feshinde kendini gösterir.

Sözleşmenin yürütülmesinde ve feshinde, sözleşme ilişkisinden ayrılabilen idarî işlemler idare hukuku alanında etki doğururken, bazı işlemler ise özel hukuk alanında görülmektedir. Meselâ, feshin sonucu olarak kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklama idare hukuku alanında yer alırken, kesin teminatın gelir kaydedilmesi özel hukuk alanında kalmaktadır.

Özel hukuk ile idare hukukunun bu derece birbiri ile iç içe geçtiği alan kamu ihale sözleşmeleri dışında zor rastlanır bir durumdur. Bu sebeple salt özel hukuk alanından bakmak, idare hukukunun alanını daralttığı gerekçesiyle doğru sonuçlara ulaşılmasını zorlaştırırken, salt idare hukuku açısından bakmak ta sözleşme ilişkisinin sürdürülmesi ve sonuçları açısından isabetli sonuçları azaltır. Olması gereken, özel hukuk ilişkisi dışındaki ayrılabilir ve tek başına hukukî sonuç doğuran işlemleri idare hukukunun alanında bırakarak, tarafların eşit olduğu sözleşme ilişkisinin özel hukuk kurallarına göre yürütülmesini sağlamaktır. Meselâ, idare hukuku alanında yer alan hiyerarşik yetki sorunu nedeniyle sözleşmenin kurulmasını veya feshini haklı sayarsak, yüklenicinin hukuken korunmaya değer hakkından sarf-ı nazar edilmiş olur. Aynı gerekçeyle yetki, şekil, konu, sebep ve maksat öğeleri yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle ihale işlemlerinin iptali nedeniyle sözleşmenin feshi haklı bir gerekçeye dayanmaz.

⁴ Gözübüyük/Tan, a.g.e., s. 418.

Burada ölçüt emredici hukuk kuralları ve yüklenicideki mazur görülebilir bilgisizliktir. Uygulamada ihale işlemlerinin idarî yargı yerlerince iptali, Türk Borçlar Kanunu 27 nci maddesinde (BK m. 19 ve 20) yer alan kanuna aykırılık nedeniyle sözleşmenin feshi sebebi sayılmaktadır. Ancak burada haklı olarak sorulması gereken soru şudur: Kamu ihale sözleşmesinin karşı tarafını oluşturan yüklenicinin, idarenin irade beyanına olan haklı güveni hukukî alanda koruma imkânına sahip olmayacak mıdır? Uluslararası özel hukukta elbette korunacak⁵ böyle bir haklı güven özel hukukta da korunma alanı bulmalıdır.

B. Fesih Usulü

Kamu ihale sözleşmelerinin idare tarafından sona erdirilmesinde özel bir fesih usulü belirlenmiştir. Bu usul, bozucu yenilik doğuran fesih beyanının alması gereken hukukî şekildir. Şekle uyulmaksızın yapılan bildirimler Kanunda yer verilen feshin sonuçlarını doğurmaz. Fesih usulü bildirimli fesih hallerinde ve bildirimli fesih hallerinde farklılık taşır.

1. Bildirimli Fesihte Usul

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16, 17, 18 ve 20 nci maddelerine dayanan fesih bildirimli fesihtir. Ancak 16 nci maddede düzenlenen sözleşmenin izinsiz devredilmesi nedeniyle kamu ihale sözleşmesinin sona erdirilmesinde mehilin pratikte hiçbir sonuç ifade etmeyeceği aşikârdır. Burada sözleşmenin devrinde iki hali birbirinden ayırmak gerekir. Açık yapılan sözleşmenin devrine ilişkin sözleşme, idare tarafından onay verilmedikçe herhangi bir sonuç ifade etmeyeceğinden, gizli

⁵ ICSID Sözleşmesi ve diğer çok taraflı yatırım anlaşmalarıyla yabancı yatırımlar istikrar ve tahkim kayıtları içeren sözleşmelerle yatırım yapmaktadır. Uluslararası anlaşmalar ve tahkim yabancı yatırımcıyı yerel politika değişikliklerine karşı koruyan araçlardır. Noah Rubins/N. Stephan Kinsella, **International Investment, Political Risk and Dispute Resolution**, Oceana Publications, 2005, s. 313 vd.

devir sözleşmesinde bu fesih usulünün uygulanması etkili olabilir. Meselâ, kamu ihale sözleşmesine konu olan ve alt yüklenici⁶ çalıştırılmasının öngörülmediği işlerde, ifanın yükleniciden başka biri tarafından yerine getirilmesinde gizli devirden bahsetmek mümkündür. Bu durumda verilen mehile rağmen borca aykırılık devam ederse sözleşme idare tarafından sona erdirilebilir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 17 nci maddesinin (a) ve (c) bentlerine göre, yüklenicinin ölümü halinde, varislerin sözleşmeyi devralması için verilecek otuz günlük mehil ile, ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet halinde vekil tayini için verilmesi öngörülen 30 günlük mehil idarece sözleşmenin feshinden önce karşı tarafa verilmesi gereken mehildir. Burada artık 20 nci maddedeki “en az 10 gün”lük mehil yerine, 30 günlük mehil uygulanır. Diğer bildirimli fesih hallerinde anılan Kanunun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yazılı olan bildirim usulü uygulanır.

Yüklenicinin kusuruyla edimin yerine getirilmemesi veya gecikerek getirilmesi nedeniyle fesih, bildirimli fesihtir. Burada idare tarafından fesih hakkı kullanılırken yüklenicinin sözleşmeyi ifa etmedeki objektif ve subjektif durumlarının göz önünde bulundurulması gerekir. Objektif durumlardan kasıt, yüklenicinin sözleşmeyi ifa etmek amacıyla ortaya koyduğu fiil ve davranışlardır. Meselâ, yüklenici sözleşmenin ifası için hazırlık çalışmalarına başlamış ancak süresinde bitirememişse, objektif ifa niyetinin olduğu ileri sürülebilir. İşin yapılacağı yerin yükleniciye getirdiği sorumluluklar, meselâ, yerel işçi teminindeki güçlük gibi hususlar objektif ifaya yönelik davranışları yetersiz hale getirebilir.

⁶ Alt yüklenicilik, iş sahibine karşı esas belli bir işin gerçekleştirilmesi ile yükümlü bulunan yüklenicinin, bu borçların bir kısmını veya tamamını ayrı bir sözleşme ile başka kişilere gördürmesi halinde meydana gelen hukukî durum olarak tanımlanabilir. Mustafa Çağatay Taşyürek, **Kamu İhale Hukukunda Alt Yüklenicilik Müessesesi**, Kamu İhale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2008, s.4.

Yüklenicinin subjektif olarak ifayı yerine getirme niyeti fesihte göz önünde bulundurulmalıdır. Meselâ, yüklenicinin gerekli sürede ifa için hazırlık çalışmalarına başlamaması veya edimi ifa etmeyeceğini belirtmesi subjektif ifa etmeme niyetini gösterir.

Objektif ve subjektif ifa davranışları kamu ihale sözleşmesinin ileriye etkili olarak fesih yoluyla sona erdirilmesi veya geriye etkili dönme yoluyla sona erdirilmesinde “hakkaniyet” gerekliliklerinde önem taşımaktadır. Hakkaniyet kuralları, sözleşmenin sona erdirilmesinden sonraki iade yükünü ve tazminatın kapsamını doğrudan belirleyen kurallardır. Objektif ve subjektif ifaya yönelik davranışlar hakkaniyet olgusunun tespitinde hakime ölçü vermektedir.

Kural olarak fesih beyanı karşı tarafa ulaşmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurur⁷. Ancak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu bu kuraldan ayrılmıştır. Gerçekten de bildirimli fesih hali olan anılan Kanunun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde göre, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine göre yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine verilen mehilin son günün bitim tarihinde ifa gerçekleşmemişse sözleşme feshedilmiş sayılır. Ancak bu sürenin bitimini izleyen 7 gün içinde idare tarafından fesih kararı alınacağı ve bunun da beş gün içerisinde yükleniciye bildirileceği, anılan Kanunun 22 nci maddesinde yer almaktadır. Buradaki sürede yer alan bölümlendirmenin hukuki açıdan herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Meselâ, 7 gün içerisinde karar alıp, 5 gün içerisinde yükleniciye bildirmekle, 12 nci gün karar alıp aynı gün yükleniciye bildirmek arasında hukuken bir farklılık bulunmamaktadır. Burada fesih beyanından önce, feshin gerçekleşmesi öngörülmüştür ki bunu hem yargı kararları hem de hukuk mantığı açısından yenilik doğurucu hakların özellikleri bakımından savunmak imkânsızdır⁸. Kanunda ön görülmüş olan;

⁷ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 250.

⁸ Öztan, **Temel Kavramlar**, s. 69.

- (i) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine göre yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi,
- (ii) İhale dokümanında belirtilen gecikme cezası uygulanması şartıyla, idarece verilen en az 10 günlük mehile rağmen ifanın gerçekleşmemiş olması,
- (iii) İdarece borca aykırı davranıldığını açıkça gösteren ihtarın gönderilmiş olması, şartlarının gerçekleşmesi halinde sözleşme sona erdirilir.

İdarenin ihtarında, verilen mehilin bitim tarihinde sözleşmenin feshedileceğine dair bir iradenin bulunması gerekir. Dolayısıyla mehilin bitim tarihi aynı zamanda sözleşmenin sona erme tarihi olur. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22 nci maddesinde yer alan idarenin beyanı, feshin tespiti ve sonuçlarına yönelik olup yeni bir fesih beyanı olarak değerlendirilemez.

İdarece gönderilen “fesih kararı” gönderilmese veya belirlenen usule uyulmaksızın gönderilse de sözleşmenin sona ermesi engellenemez. Yani verilen mehil içerisinde yüklenici sözleşmeyi ifa için gerekli hazırlık çalışmalarını yapmaya başlasa, ancak mehilin bitiminde ifa gerçekleşmezse yine sözleşme feshedilmiş olur. Burada “en az 10 gün”lük sürenin tespiti, idarece yüklenicinin objektif ve subjektif ifa davranışları ve kabiliyeti dikkate alınarak belirlenmelidir. İfa kabiliyeti olan bir sözleşmede sürenin kısa belirlenmesi, kamu ihale sözleşmesinden beklenen faydanın sağlanmasından uzaklaştırılması anlamına gelecektir.

Sürenin tespitinde sözleşmenin ifa edildiği miktar ile kalan miktar ve yüklenicinin ifa kapasitesi dikkate alınmalıdır. Meselâ, pursantaj cetveline göre % 99’u ifa edilmiş bir yapım işi sözleşmesinin bitimi için eğer 15 günlük süre gerekiyorsa, burada idarece daha kısa süre verilerek kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesinde idarenin herhangi bir menfaati olmaz. Aksine işin bitirilmesi için yeniden sözleşme yapılması süreci ve maliyeti idarenin

zararına olur. Fesihle, cezalı çalışma dengesinin hakkaniyet kuralları çerçevesinde belirlenmesi gerekir.

2. Bildirimsiz Fesihte Usul

Bildirimsiz fesih, idarece herhangi bir mehil verilmeksizin feshe neden olan olayların ortaya çıkması üzerine sözleşmenin sona erdirilmesi biçimidir. Bildirimsiz fesih halleri, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 17/a, 19, 20/b, 21, 23 ve 24 üncü maddelerinde yer alan sona erme hallerine mahsustur. Bu hallerin ortaya çıkması halinde idarece yükleniciye her hangi bir mehil verilmez. Fesih beyanıyla sözleşme sona erdirilir⁹.

Bildirimsiz fesihte, fesih tarihi ile feshe itibar tarihi birbirinden ayrılmıştır. Gerçekten de kamu ihale sözleşmesi, fesih/dönme beyanıyla sona ererken, sonuçlarını daha önceki bir tarihten itibaren doğurmaya başlar. Buna göre, yüklenicinin malî acz içinde bulunması sebebiyle kamu ihale sözleşmesinin feshinde, fesih idarenin beyanıyla gerçekleşirken, fesih hüküm ve sonuçlarını yüklenicinin malî acz içinde olduğunu idareye bildirdiği tarihten itibaren doğurmaya başlar. Öte yandan, sözleşme sırasındaki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle fesihte ve sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar sebebiyle fesihte bu durumların tespit edildiği tarih sözleşmenin fesih tarihi olarak kabul edilir.

Malî aczin bildirildiği tarih veya yüklenicinin yasak fiil veya davranışının öğrenildiği tarihten itibaren 7 gün içerisinde fesih kararı alınarak 5 gün içerisinde yükleniciye bildirilir. Bu bildirim fesih beyanıdır. Dolayısıyla usule uygun olarak alınmamış bir fesih beyanı sonuçlarını doğurmaz. Yüklenicinin ölümü nedeniyle kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesinde şekle tabi bir fesih usulü öngörülmemiştir. Buna göre idare tarafından fesih beyanının yüklenicinin mirasçılara ulaştığı anda sözleşme feshedilmiş olur.

⁹ KİSK m. 22'de yer verilen fesih hallerinde verilen mehilin borcun ifa edilmesinde herhangi bir etkisinin olmayacağı açıktır.

C. Tebligat

Kamu ihale sözleşmelerinin sona erdirilmesinde tebligat özel bir önem taşımaktadır. Bu önem sözleşmenin taraflarından birinin idare olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de idarenin işlemleri veya iradesini göstermesi için ortaya çıkan sonuç şekle tabi olmalıdır. İdari işlemler gibi idarenin irade beyanı da, tebligat usullerine uygun olarak muhataba yani yükleniciye ulaşmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu anlamda usulüne göre alınmış bir fesih kararını doğru yollarla yükleniciye yöneltilmiş olması gerekir. Yoksa idare açısından haklı feshin hüküm ve sonuçları doğmaz.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu isteklilere tebligat yapılması konusunda, 7201 sayılı Tebligat Kanununda farklı usuller öngörmüştür. Kamu ihale Kanununa göre yapılan ihalelerde tebligatın;

- (i) İmza karşılığı elden,
- (ii) İadeli taahhütlü mektupla,
- (iii) Elektronik ortamda,
- (iv) Faksla,

Yapılması öngörülmüştür. Bu düzenleme 7201 sayılı Tebligat Kanunundan iki noktada ayrılmıştır. Birincisi iadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatta, tebliğ için mektubun muhataba ulaşması gerekli değildir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 65 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre; *“İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün yabancı isteklilerde ise ondokuzuncu gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır.”* Burada Kanun fiilen tebliğ edilen şeyin, muhatabın hakimiyet alanına ulaşması veya öğrenmesi gerektiği düşüncesinden ayrılmıştır. Bu husus kişilerin hukukî güvenliğini ve hak arama özgürlüğünü ihlal eder bir nitelik taşımaktadır.

İkinci olarak elektronik usulde yapılan bildirimlere hukukî geçerlilik tanınmıştır. Elektronik imza ile yapılan işlemler ıslak imza ile yapılan

işlemlerle aynı seviyede hukukî değere sahipken, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun buradan bir ileri seviyeye çıkmış, faksla yapılan veya e-mail ile elektronik imzasız yapılan tebligatlara da hukukî sonuç bağlamıştır.

Elektronik ortamda yapılan tebligatlarda kullanılan yazılım ve donanım yaygın kullanılan haberleşme ve bilgi teknolojisi ile uyumlu kolay erişilebilir olması gerekir. Diğer taraftan verilerin bütünlüğü ve belgelerin gizliliğinin idarece sağlanması şarttır. Meselâ, idarece yaygın olarak kullanılan belge formatları dışında, (Pdf, Doc, docx, html vs.) bilinmeyen veya ücretli bir yazılımla ancak okunabilen bir formatta tebligatın yapılması, ya da şifreli biçimde tebligatın gönderilmesi ve bu şifrenin yüklenici tarafından bilinmemesi durumunda tebliğ usulüne uygun yapılmış sayılmaz. Diğer taraftan verilerin sonradan değiştirilmesinin idare tarafından engellenmiş olması gerekir. Buna ek olarak, elektronik ortamda yapılan tebligatların aynı gün teyit edilmesi gerekir. Teyit, kural olarak karşı tarafa tebliğ edilen şeyin onun hakimiyet alanına girdiğini ve içeriğini öğrenildiğinin her hangi bir yolla öğrenilmesidir. Ancak Kamu İhale Genel Tebliği teyidin hukukî niteliğiyle bağdaşmayacak bir durumu teyit olarak kabul etmiştir ki bunu hukukî anlamda teyit olarak kabul etmek imkânsızdır¹⁰. Buna göre e-postanın gönderildiği ya da faksın gönderildiği gün yazının aslının postaya verilmesi teyit olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu tebligat usullerinde 7201 sayılı Tebligat Kanuna atıf yaparak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundan ayrılmıştır. 7201 sayılı Tebligat Kanuna göre yapılan tebligatı 5'e ayırmak mümkündür:

- (i) Memur eliyle tebligat.
- (ii) Posta yoluyla tebligat.
- (iii) Uçak telgraf ve diğer vasıtalarla tebligat.
- (iv) İlanen tebligat.
- (v) Elektronik tebligat.

¹⁰ YİİUY m. 7 f. 3'te bu teyit şekline açıkça yer verilmiştir.

Memur eliyle tebligat, idarede ya da idarece görevlendirilen memurun muhatabın adresine gönderilmesiyle gerçekleştirilebilir. Posta yoluyla tebligat ise başlıca kullanılan tebligat usulüdür. Tebligatın gerekli görülmesi halinde uçak¹¹ veya telgrafla yapılmasında mümkündür (TK m. 7). Diğer taraftan adresi bilinmeyen kişilere tebligat, ilân yoluyla yapılır (TK m. 28).

7201 sayılı Tebligat Kanununda değişiklik yapan 11.01.2011 tarihli ve 6099 sayılı Kanunun ikinci maddesiyle elektronik yolla tebligat usulü olarak düzenlenmiştir. Buna göre; “*Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir.*” Ayrıca anonim şirketler, limited şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması 19.01.2013 tarihinden itibaren zorunludur. Elektronik yolla tebligat yapılması durumunda tebligat muhatabın kayıtlı elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır (TK m.7a).

Elektronik tebligatın yapılmasına yönelik olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından hazırlanan Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir¹². Elektronik tebligatın 19.01.2013 tarihinden itibaren muhatabın A.Ş., Ltd. Şti. veya sermayesi paylara bölünmüş Kom. Şti. olması durumunda zorunlu olduğu dikkate alındığında, bu durumun kamu ihale sözleşmelerinin feshinde de uyulması zorunlu bir usul kuralıdır.

Yukarıda açıklanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundaki tebligat düzenlenmesinin de, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine uygun hale getirilmesi kişilerin hukukî güvenliği bakımından önem taşımaktadır.

¹¹ Tebligat Kanununun 7 nci maddesinde, “*Tebligat uçaklada yapılabilir.*” denilmektedir. Burada “uçakla” sözünden yine tebligat zarfının PTT İdaresince fakat “uçak postasıyla” yapılacağı anlaşılır.

¹² 25.08.2011 tarihli ve 28036 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

III. SÖZLEŞMENİN YÜKLENİCİ TARAFINDAN FESHİ

A. Genel Olarak

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yüklenici tarafından sözleşmenin feshine ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Burada bir boşluk bulunmaktadır. Çünkü Türk Borçlar Kanununun tamamlayıcılığı ilkesinden dolayı anılan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda hüküm bulunmaması halinde Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Karşılıklı edimleri içeren (synallagmatik) bir sözleşme tipi olan kamu ihale sözleşmelerinin, yüklenici tarafından feshedilmesi, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre olur.

B. Kamu İhale Sözleşmesinin İdarenin Temerrüdü Nedeniyle Sona Erdirilmesi

Kamu ihale sözleşmelerinde de diğer özel hukuk sözleşmeleri gibi taraflardan birinin alacağı diğer tarafın borcuna karşılık gelir. Dolayısıyla sözleşmeden doğan borçlarda idare hem alacaklı hem de borçlu olabilmektedir. Öte yandan sözleşme niteliği gereği birden fazla borç barındırır. Bu nedenle yüklenici tarafından kamu ihale sözleşmesinin feshi, idarenin hem alacaklının temerrüdüne düşmesi, hem de borçlunun temerrüdüne düşmesi halinde mümkündür. Farklı hukukî sebeplere dayansa da iki durumda da yüklenici bozucu yenilik doğuran hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilir.

1. İdarenin Alacaklının Temerrüdüne Düşmesi Halinde Fesih Usulü

Kamu ihale sözleşmelerinde, yüklenici tarafından sözleşmeye uygun olarak ifası teklif edilen bir edim, idare tarafından haklı bir neden olmadan kabul edilmediği veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi

tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçındığı takdirde (TBK m. 106), idare temerrüde düşmüş olur¹³. Bu durumda edimin idare tarafından kabul edilmemesi sözleşmeden doğan borca aykırı bir davranıştır.

İdarece, yüklenici tarafından sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmek istenilen edimin kabulünden kaçınılması veya yüklenicinin ifada bulunmasına engel olunması durumunda artık yükleniciye borçtan kurtulma imkânının tanınması gerekir. Meselâ, (A) Devlet Hastanesi ile (B) Medikal A.Ş. arasında yapılan röntgen cihazı alımına ilişkin sözleşmede, (B) Medikal A.Ş. cihazı sözleşmeye uygun bir şekilde idareye teslim etmek isterse ve (A) Devlet Hastanesi tarafından uygun yer temin edilemediği gerekçesiyle kabulden kaçınırsa alacaklının temerrüdüne düşer.

Synallagmatik sözleşmelerde, borçlunun kendi edimini ifa etmesi üzerine karşı taraftan edimi talep etme hakkı doğar. Alacaklının temerrüdü bu ihtiyacın karşılanması amacıyla öngörülmüş bir müessesedir. Diğer taraftan, alacaklının, teklif edilen edimi kabul etmemesi bazen borçlunun temerrüdüne de yol açabilir. Yukarıda verilen örnekte olduğu gibi satım sözleşmesi niteliğinde bir kamu ihale sözleşmesinde idare kendisine sunulan edimi kabul etmek zorundadır (TBK m. 232/1). Aksi takdirde TBK m. 235'de düzenlenen alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulanmasına yol açar.

Türk Borçlar Kanununun m. 106 vd. (BK m. 90 vd.) hükümleri alacaklının temerrüdü ile ilgili uygulanacak en genel hükümleri içerir. Kamu ihale sözleşmesinde idarenin alacaklının temerrüdüne düşmesi için dört şartın gerçekleşmesi gerekir (TBK m. 106):

- (1) Borç muaccel olmalıdır.
- (2) Borçlu (yüklenici) ifayı teklif etmiş olmalıdır.
- (3) İdare tarafından teklif edilen ifa reddedilmiş olmalıdır.
- (4) İdarenin ifayı reddetmesi hakkı bir sebebe dayanmamalıdır.

¹³ Eren, **a.g.e.**, s. 1010, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 374.

Kamu ihale sözleşmesinde yüklenici için öngörülen edimin ifa edilmesi için, öngörülen zaman (teslim süresi) gelmedikçe idarenin temerrüdü söz konusu olmaz (Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme m. 11.4). Diğer taraftan yüklenici edimini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmeyi idareye teklif etmelidir. Yüklenici tarafından sadece irade beyanında bulunması yeterli olmayıp, ifa için yükleniciye düşen hazırlık işlemlerinin yapılıp ifa konusundaki fiilî iradenin ortaya konulması gerekir. Bununla birlikte eğer hazırlık hareketlerini idarenin yapması gerekiyorsa, idare tarafından bu davranışların yapılmaması da alacaklının temerrüdüne neden olur¹⁴.

İdare bazı davranışlarıyla yüklenici tarafından fiilen edim teklif edilmeden ifayı kabul etmeyeceğini ortaya koyarsa artık yüklenicinin fiili ifa teklifi şartı aranmaz¹⁵.

Yüklenici tarafından usulüne uygun olarak teklif edilen ifa, idare tarafından kabul edilmemesi durumunda alacaklının temerrüdüne düşer. İdarenin ifayı kabul etmemesi, edimi kabulden kaçınma şeklinde gerçekleşebileceği gibi, ifa için gerekli yerin hazırlanmaması veya işyerinin teslimine hazır edilmemesi şeklinde de gerçekleşebilir¹⁶. Meselâ, bir mal alımına ait kamu ihale sözleşmesinde, malın teslim edileceği deponun yüklenici için hazır edilmemesinde idare alacaklının temerrüdüne düşer.

İdarenin ifayı kabul etmemesi, verme borçlarında borçlu tarafından teslimi gereken edimi kabulden kaçınması, yapma borçlarında ise yapılan işin kabul edilmemesinde kendini gösterir.

Alacaklı olan idarenin kendisine teklif olunan edimi kabul etmemesi haklı bir sebebe dayanmamalıdır. Haklı sebep her sözleşmede belirlenen edim tipine göre değişmekle birlikte, malın ayıplı olması, kötü ifa, aliud ifa, yapım işinin projeye aykırı olması gibi hususlar haklı sebep olarak kabul

¹⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 650.

¹⁵ Eren, **a.g.e.**, s.1015, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 374.

¹⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 650.

edilebilir. İdarenin alacaklının temerrüdüne düşmesi durumunda bunun sonuçları iki başlık altında incelenebilir:

- (1) Borç konusunun veya satış bedelinin tevdi edilmesi suretiyle borçtan kurtulma.

Tevdi, idarenin emir ve tasarrufuna hazır olmak üzere edimin üçüncü kişiye bırakılmasını ifade eder. Edimin tevdi edileceği yere yüklenici karar veremez. Tevdi yerinin tayininin mahkemeden talep edilmesi gerekir¹⁷. Tevdi yerini belirleme yetkisi ifa yerindeki hakime aittir. Kural olarak tevdi yerini mahkeme belirlerken sözleşmenin konusunun ticari eşya olması durumunda, mahkeme kararı olmaksızın eşya bir ardiyeye tevdi edilebilir. Eşyanın ticari olup olmadığının belirlenmesinde eşyanın niteliğinde bir ayırım yapılması mümkün olmayıp, taraflar arasında kurulan ilişkinin niteliğine bakılması gerekir¹⁸.

Edimin tevdi edildiği yerin masrafları alacaklıya aittir. Borçlu (yüklenici), idarenin edimi kabul etmesi veya eşyanın tevdi edilmesinin bir rehnin kalkmasına yol açması durumunda tevdi mahallinden malı geri alamaz¹⁹. Borç konusunun tevdi edilmesiyle birlikte hasarın alacaklıya geçmesi TBK m. 107'de (BK m. 91) kabul edilmiştir.

Sözleşme konusu edim tevdiye elverişli değilse veya tevdi zararlı olacak idiyse, edimin satılarak bedelinin tevdi edilmesi öngörülmüştür. Satış suretiyle tevdi için, üç şartın gerçekleşmesi gerekir²⁰;

(i) Sözleşme konusunun tevdi edilmeye elverişli olmaması yada tevdi edilmesinin zarara yol açması: Sözleşme konusunun niteliği veya işin özelliği

¹⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 1021.

¹⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 651.

¹⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 382, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 651.

²⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 1022.

gereği tevdimin mümkün olmaması, borç konusunun korunmasının veya tevdi edilmesinin önemli masrafı gerektirmesi durumunda tevdi yapılmaz²¹.

(ii) Alacaklıya satışın ihbar edilmesi: Satışın alacaklı idareye haber verilerek satışın gerçek değer üzerinde yapılmasını sağlama ve satış gibi ağır bir sonuçtan alacaklı idarenin haberdar olmasının sağlanması gerekir²².

(iii) Mahkemeden satış için izin alınması: Yüklenici idarenin temerrüde düşmesi durumunda kendiliğinden satışa karara veremez. Satışa ve satışın şekline mahkeme karar verir²³.

(2) Sözleşmeden dönme suretiyle borçtan kurtulma.

Borç konusunun tevdi edilmesi suretiyle yüklenicinin borçtan kurtulma olanağı verme borçları için mümkündür. Kamu ihale sözleşmesinin konusu verme değil de yapma borcu içeriyorsa, tevdi yerine sözleşmenin feshi hakkı yükleniciye tanınmıştır.

Alacaklı idarenin temerrüdünde, kamu ihale sözleşmesinin konusunu yapma edimi oluşturuyorsa, yüklenicinin sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır²⁴. Yapma edimi içeren kamu ihale sözleşmelerinde, idarenin kabule yanaşmaması durumunda artık bir tevdiden veya satıştan bahsetmek olanaksız olur. Bu durumda sözleşmenin sona erdirilmesine imkân tanınarak yükleniciyi bu yükten kurtarmak gerekir.

Dönme suretiyle sözleşmenin sona erdirilmesinde borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere gönderme yapılmıştır²⁵. Bu nedenle borçlu yüklenicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için idareye ihtarda bulunması, synallagmatik sözleşmelerde kabul için ayrıca uygun bir mehil de vermesi gerekir. Meselâ, bir temizlik hizmeti alımı içeren kamu ihale

²¹ Eren, **a.g.e.**, s. 1022.

²² Eren, **a.g.e.**, s. 1023, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 384, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 653.

²³ Eren, **a.g.e.**, s.1023, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 384.

²⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 655.

²⁵ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 655.

sözleşmesinde idare hizmetin ifa edilmesini kabulden kaçınırsa yüklenici için sözleşmenin feshinden başka imkân kalmaz.

2. İdarenin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Halinde Fesih Usulü

İdarenin borçlu temerrüdüne düşmesi, kamu ihale sözleşmesinden doğan borçlarının sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesini ifade eder. Synallagmatik bir sözleşme olan kamu ihale sözleşmesinde borçlu temerrüdü, hem idare hem de yüklenici açısından mümkündür. Borçlu temerrüdüne ilişkin olarak uygulanacak en genel hükümler TBK m. 117 vd. maddelerinde (BK m. 101 vd.) yer almaktadır. Bu genel hükümlerin yanında borç ilişkilerin özel hükümler içermesi durumunda borçlu temerrüdüne bu hüküm uygulanır.

İdarenin kamu ihale sözleşmesinden doğan borçları için borçlu temerrüdüne düşmesi, genel anlamda borçlu temerrüdü şartlarının bulunmasına bağlıdır. TBK m. 117'ye göre borçlunun temerrüdü için borcun muaccel olması ve alacaklının ihtarı şartları aranır. Bu iki şarta ek olarak borçlunun temerrüde düşmesinde kusurlu olması aranmaz²⁶. Zira kusur temerrüdün şartı olmayıp temerrüt sonucu doğacak tazminatın şartıdır.

Kamu ihale sözleşmesinden doğan borçlarda idarenin temerrüde düşmesi için borcun muaccel olması gerekir. Borcun muaccel olma zamanı sözleşmedeki hükümler veya sözleşmede bu konuda hüküm yoksa TBK m. 90 vd. (BK m. 74 vd.) hükümler dikkate alınarak belirlenecektir. Sözleşmeden doğan borcun muaccel hale gelmesi yüklenici tarafından hazırlık çalışmaları yapılmasına bağlıysa, yüklenici bu hazırlık çalışmalarını yerine getirmediği sürece idarenin borcu muaccel hale gelmiş sayılmaz²⁷.

İdarenin borçlu temerrüdüne düşmesi için borcun muaccel olması yeterli değildir, aynı zamanda borç yerine getirilmediği için yüklenici

²⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 1098.

²⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 649.

tarafından kural olarak bir ihtarda da bulunulması gerekir. İhtar, hukukî niteliği itibari ile bir hukukî işlem olmayıp hukukî işlem benzeri bir irade açıklamasıdır²⁸. Bu nedenle hukukî işlemlere uygulanan hüküm ve sonuçlar kıyas yoluyla bu irade açıklanmalarına da uygulanır. İhtarın yapılması kural olarak bir şekle tabi tutulmamıştır. İhtarın içeriğinde ise, borcun yerine getirilmesi talebi yer almalıdır. Sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesinden başka talepler içeren ihtar idareyi temerrüde düşürmez.

İhtarın yapılması şartı, borçlunun temerrüdünde emredici bir kural değildir. Bu nedenle aksine düzenleme sözleşmede yer alabilir. TBK m. 117/2'de (BK m. 101/2) ihtar yerine geçen durumlar öngörülmüştür. Buna göre:

- (i) Sözleşmede ihtar şartından vaz geçilmişse,
- (ii) İfa günü taraflarca açık bir şekilde belirlenmişse,
- (iii) İfa gününü belirleme yetkisi taraflardan birine bırakılmış ve ifa günü bildirilmişse,
- (iv) İhtarın gereksiz veya yararının olmayacağı anlaşılıyorsa,
- (v) Borç haksız fiilden doğmuşsa,
- (vi) Borç iyiniyetli sebepsiz zenginleşmeden doğmuş ve bildirim yapılmışsa,

Borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar gerekmez²⁹. Borçlunun temerrüde düşmesini düzenleyen bu genel şartlardan başka synallagmatik sözleşmelerin niteliği gereği, temerrüdün sonuçları Türk Borçlar Kanununda ayrıca düzenlenmiştir. Gerçekten de TBK m. 123 ve 125 karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün özel sonuçları ve alacaklının bu tür sözleşmelerdeki seçimlik haklarının düzenlemiş bulunmaktadır (BK m. 106). Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarından ve borcun ifasından vazgeçme ile gecikme tazminatı veya sözleşmeden dönme talebi

²⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 1093.

²⁹ Eren, **a.g.e.**, s.1095., Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 399.

kullanılabilmesinin ağırlaştırılması, temerrüde düşen borçlunun durumundan kaynaklanmaktadır.

Kanun koyucu adeta borçluya bu ağır yaptırımlara uğramadan önce borcunu ifa etmesi için son bir şans daha vermektedir. Burada belirtmek gerekir ki, synallagmatik sözleşmelerde borçlu temerrüdü için gerekli olan, borcun muaccel olması, alacaklının ihtarı ve borçlu idarenin kusurunun aranmaması şartları aynen aranmaktadır. Bu genel şartların yanında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki özel şartlarında idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için aranması gerekecektir. Kamu ihale sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olması ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda idarenin temerrüdü ile ilgili bir düzenlemenin yer almaması dolayısıyla TBK m. 123 ve 125 (BK m. 106) burada uygulama alanı bulmaktadır. Synallagmatik sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne bağlanan sonuçların gerçekleşmesi aşağıdaki şartların bulunması gerekir³⁰:

- (i) Taraflar arasındaki borç ilişkisinin karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmeye dayanması gerekir,
- (ii) Mehil verilmiş yada mehil verilmesini gerektirmeyen bir durum bulunması gerekir.

İki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için, borçlu idareye kural olarak bir mehil vermesi gerekir. Mehil vermenin amacı borçluya borcunu yerine getirebilmesi için son bir imkân tanımaktır. Bu nedenle yüklenici tarafından idareye verilen süre bu amaca hizmet eder nitelikte olmalıdır³¹. Aksi halde süre vermenin pratikte anlamı olmaz.

Türk Borçlar Kanunu yüklenici tarafından idareye verilecek sürenin tayininde iki yol benimsemiştir. Birinci olarak yüklenici tarafından işin niteliğine, edimin ifa kabiliyetine uygun bir şekilde kendiliğinden bu süreyi

³⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 665.

³¹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 666.

takdir edebilir. İkinci olarak, mahkemeye başvurarak idareye borcunu ifa etmesi için uygun bir mehil verilmesini isteyebilir. Aralarında hukukî olarak herhangi bir fark olmamakla birlikte verilen sürenin “münasip süre” olup olmadığı tartışmasının giderilmesi için mahkemenin tayin edeceği süre, daha isabetlidir.

İdarenin borcunu ifa etmesi için verilecek sürenin ne kadar olması gerektiği konusunda bir hüküm yoktur. TBK m. 123’de (BK m. 106) buna ilişkin olarak bir ölçü getirilmiştir. Buna göre idareye verilecek mehil, idarenin borcunu ifa etme kabiliyetiyle münasip olmalıdır. Verilen mehilin, uygun (münasip) olup olmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Meselâ, hakediş borcunu ödemeyen idareye karşı verilecek süre daha kısa olabilir. Ancak iş yerinin uygun bir biçimde teslim borcu için daha uzun süre belirlenmesi gerekir.

Yüklenici tarafından sürenin bizzat belirlenmesi veya mahkeme tarafından mehil tayininde dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edilmelidir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmelerinin Kanununun 20 nci maddesinde yüklenicinin temerrüdü durumunda idare tarafından “en az on gün”lük sürenin verileceği hükme bağlanmıştır. Ancak yüklenici tarafından sözleşmenin feshi Türk Borçlar Kanunu hükümlerine dayandığından burada, yüklenicinin idareye vermesi gereken süre, ya yüklenici tarafından ya da yüklenicinin başvurusuyla mahkeme tarafından tayin edilecektir. Sözleşmenin feshinden sonra seçimlik hakların kullanılmasında verilen mehilin uygun olup olmadığı tartışmasının yaşanmaması için mahkemeye başvuruyla mehil tayini istenilmesi daha isabetli olacaktır.

Mehil verilmesi, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını etkileyen özel bir şarttır. Özel şartlardan önce genel şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Genel şart ise ihtardır. Bununla birlikte yüklenicinin önce ihtarla idareyi temerrüde düşürüp daha sonra mehil tayini

yoluna gidebileceği gibi ihtarla birlikte mehil tayini yoluna da gidebilir³². Türk Borçlar Kanunu, borçlunun temerrüde düşmesi üzerine alacaklı tarafından süre tayini konusunda zaman sınırlaması getirmemiştir. Yüklenici, temerrüdün genel şartlar gerçekleştikten sonra her zaman gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını kabul edebilir³³.

Yüklenici bu hak dışında ifayı reddederek müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönme ve menfi zarar haklarını kullanabilmesi için mehil tayin etmelidir³⁴. Borçlunun temerrüde düşürülmesinden sonra alacaklı mehil vererek bu haklarını her zaman kullanabilir. Türk Borçlar Kanunu bu kuralın istisnalarını öngörmüştür. Bu istisnalar aşağıda sayılmıştır:

- (i) Süre verilmesi etkisiz olacak ise³⁵,
- (ii) Mehil verilmesi fayda sağlamayacaksa,
- (iii) Kesin vadeli bir sözleşme yapılmışsa,

Bu durumlarda, ayrıca mehil tayinine gerek duyulmaksızın seçimlik hakların kullanılması mümkündür. Kamu ihale sözleşmelerinde idarenin borçları açısından ayırım yapılmıştır: Kimi borçlar için vade belirlenmişken, kimi borçlar bakımından vade belirlenmemiştir. Meselâ, hakediş ödemeleri için vade belirliyken iş yerinin teslimi veya malzeme ocaklarının teslimi konusunda vade belirlenmemiştir. İdarenin temerrüdünde yüklenicinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için idareye süre (mehil) verilmesini gerektiren borca aykırılık hallerinde “münasip” (uygun) bir sürenin idareye verilmesi gerekir. Bu süre sonunda yüklenici idareye karşı seçimlik haklarını kullanabilir. Eğer yüklenicinin alacağı para ise yüklenici idareyi temerrüde düşürdüktan sonra her zaman ifa ve gecikme faizini talep edebilir. Diğer iki hakkın kullanılması için idareye verilen mehilin dolması gerekir.

³² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.665 vd.

³³ Eren, **a.g.e.**, s.1111.

³⁴ Eren, **a.g.e.**, s.1115.

³⁵ İdare yüklenicinin, işe zamanında başlamaması, işi geciktirmesi sonucunda sözleşmenin öngörülen sürede bitirmesinin imkânsız olacağını anladığı durumlarda kamu ihale sözleşmesinde belirlenen işin teslim süresini beklemezsizin sözleşmeyi sona erdirebilir. Hüseyin Altaş, “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK. Mad. 358)”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.98.

Kamu ihale sözleşmelerinde idarenin temerrüde düşmesine rağmen yükleniciler tarafından sözleşmenin feshedilmesine kolay kolay rastlanılmaz. Yükleniciler burada değişik saiklerle hareket eder. Ama başlıca neden idarelerce sözleşmelerde başlangıçta kurulan sözleşme dengesinin, sözleşme süresince devam etmesi için öngörülen, fiyat farkı ödenmesi müessesesi nedeniyle sözleşmenin feshine yanaşmazlar. Meselâ, ödenek yokluğu nedeniyle hakedişlerin ödenememesi durumunda yükleniciye süre uzatımı verilerek ödemenin yapıldığı tarihe kadar başlangıçta idareye teklif edilen fiyatlar ÜFE ile güncellenerek ödeme yapılır. Bu nedenle yükleniciler ekonomik kaybı olmadığını göz önüne alarak feshe yanaşmazlar. Diğer bir saik ise, devlet anlayışımızın özel hukuk sözleşmesine yansımından kaynaklanır. Hak arama özgürlüğünün, “devlete karşı yapılan bir hareket” olarak algılanması, sözleşmenin yürütülmesinde görevli olan kamu görevlilerinin de bu anlayışla hareket etmesi, yüklenicilerin idareye karşı harekete geçerek temerrüde düşürme ve bunun sonunda seçimlik haklarını kullanmada çekince meydana getirmektedir. Gerçekten de tezin yazımı sırasında incelenen çoğu yargı kararları³⁶ idare tarafından kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesinden sonra açılan ya da idarece yükleniciye ceza verilmesine ilişkin davalardır.

§ 8. KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNİN SONE ERDİRİLMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Kamu ihale sözleşmesinin sona ermesinden doğan hüküm ve sonuçların belirlenmesinde sözleşmenin ani edimli mi, yoksa sürekli edim yükümü içeren bir sözleşme mi olduğu önem taşır. Bu husus Türk Borçlar Kanununun uygulanmasında ortaya çıkan ve dürüstlük kurallarıyla

³⁶ 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, www.kazanci.com , E.T. 17.07.2012.

bağdaşmayan hususlar nedeniyle tartışma konusu olmuştur. Sözleşme ilişkisinin sona ermesinde ani edimli sözleşmelerde kural olarak dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak sona ererken, sürekli edim yükümü içeren sözleşmelerde ise fesih yoluyla ileriye etkili olarak sona erme söz konusu olur.

Türk Borçlar Kanununun genel yapısı ani edimli sözleşmeler dikkate alınarak dizayn edilmiştir. Bu nedenle ani edimli kamu ihale sözleşmelerine uygulanacak sona erme şeklinin dönme olması, uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkarmıştır. Aksaklıkların giderilmesi amacıyla ani edimli sözleşme tiplerinde dürüstlük kurallarına uygulama alanı tanınarak sorun çözülmeye çalışılmıştır. Buna kaynaklık eden YİBK'in 25.01.1984 tarihli E.1983/3 ve K.1984/1 sayılı Kararıdır. Bu kararda TMK m. 2'nin, "olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda" doğrudan uygulama alanı bularak ani edimli olan eser sözleşmesinde de ileriye etkili feshin olacağını öngörmektedir. Bu Karar, Türk Borçlar Kanununun hazırlanmasında da dikkate alınarak, eser sözleşmesinin sona ermesinde ileriye etkili sona ermeyi Kanun metnine dahil edilmiştir (TBK m. 480/2, 482/2 ve m. 484)³⁷. Diğer taraftan, sürekli edim yükümü içeren kamu ihale sözleşmelerine baktığımızda, ifa zamanı belirli bir süreyi kapsar. Yüklenicinin edim yükümü belirlenen süre boyunca devam eder. Edim, zaman içine yayılarak ifa edilmeye devam edilir. Sadece sözleşmenin yürürlükte kaldığı süre dikkate alınarak bir sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğuna karar verilemez. Sürekli borç ilişkisi olduğu yargısına ulaşmak için, edim sonucuna, yani idarenin bir defada aniden mi yoksa belirlenen sürede ifa edilmeye mi tatmin olduğuna bakmak gerekir. Burada belirtmek yerinde olacaktır ki, asli edim yükümleri sözleşmeye karakterini verir yoksa yan edim yükümlerinin ani ya da sürekli olması sözleşmenin karakterini değiştirmez³⁸. Meselâ, hastane temizliğine ilişkin bir hizmet alımında ifa belirli bir zaman içinde peyderpey gerçekleşir. Bu yüzden sözleşme sürekli edim yükümü içeren sözleşme

³⁷ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde gerekçesi, www.tbmm.gov.tr, E.T. 12.04.2012.

³⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s.11.

ilişkisi olarak nitelenir. Ancak aynı hastanenin bir tıbbi cihaz alması halinde ve sözleşmede garantiye ilişkin şartların bulunması durumunda sözleşme yine de ani edimli bir sözleşme niteliği taşır.

Anî edimli sözleşmelerde ise hazırlık çalışmaları zamana yayılmış olsa da alacaklının, borçlunun bir eylemi ile tatmin gerçekleşiyorsa burada ani edimli sözleşmeden söz edilir³⁹. Meselâ, bir bina yapımını içeren kamu ihale sözleşmesinde yüklenicinin hazırlık hareketi zamana yayılsa da eserin teslim edilmesine kadar idarenin tatmini gerçekleşmez. Kamu ihale sözleşmelerinin büyük çoğunluğunu oluşturan eser sözleşmelerinde yüklenicinin asli edim borcu eseri meydana getirme ve teslim borcudur. Doktrinde yapılan temel tartışma eserin meydana getirilmesinde ki hazırlık çalışmalarının ifa fiiline dahil olup olmadığı konusundadır⁴⁰. Bu husus sözleşmesinin sona ermesinde dönme ve fesih müessesesinin uygulanması bakımından kilit öneme sahiptir. Bu bağlamda doktrindeki görüşleri üç grupta sınıflandırmak mümkündür:

A. Eser Sözleşmelerini Anî Edimli Borç İlişkisi Olarak Nitelendiren Görüş

Anî edimli borç ilişkisi görüşünün taraftarı olan yazarlar⁴¹, yüklenicinin bir sonuç, meydana getirmek niyetiyle borç altına girdiği ve eserin meydana getirilmesi ve teslimiyle bu borcun sona erdiği, yani sonucun ancak edim neticesinin ortaya koyduğu düşüncesiyle, bu sözleşmenin ani edimli sözleşme olarak nitelendirirler. Bu görüşe göre, yüklenicinin eseri meydana getirmek için yaptığı çalışmalar işin tabiatı gereğidir ve hazırlık çalışmaları ifa yerine geçmez. Hazırlık çalışmalarının aldığı süre veya çalışmaların kapsamı alacaklı açısından önem taşımaz. Alacaklı için önemli olan eserin tamamlanması ve teslim edilmesidir. Dolayısıyla ifa, eser tamamlandıktan sonra tek seferde teslim edilmesiyle sonuç meydana gelir.

³⁹ Öz, a.g.e., s. 11.

⁴⁰ Serozan, a.g.e., s. 166.

⁴¹ Öz, a.g.e., s.17., Aral/Ayrancı, a.g.e., s. 315-316.

Eser sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi kurduğu görüşünü savunanlar yükleniciyi koruyucu hükümlerin, onu koruma amacıyla ön görüldüğünü, ancak bu durumun sözleşmenin ani edimli olma özelliğine herhangi bir etkisinin olmadığını savunurlar. Bu görüşe göre, sözleşmenin sona ermesi dönme yoluyla olacağı için, o zamana kadar gerçekleştirilen bir ifa gerekçesiyle bedel ödenmesi talep edilemez. Bu durumda yüklenicinin yaptığı kısımlara ilişkin olarak bedelin, dönme teorisindeki tasfiye hükümlerine göre talep edilmesi gerekir. Bu görüş doktrinde en fazla destek bulan görüştür.

B. Eser Sözleşmelerini Sürekli Borç İlişkisi Olarak Nitelendiren Görüş

Sürekli borç ilişkisi görüşünde⁴², yüklenicinin eseri meydana getirmek için yaptığı hareketler esas alınarak yorum yapılmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre eserin meydana getirilmesi sırasında yüklenicinin yaptığı faaliyetleri ifaya etkisi bakımından yok saymak isabetli değildir.

Yüklenici sadece eserin teslimi değil, sonucun gerçekleşmesi için gerekli faaliyetleri de yapmayı taahhüt etmiştir. Dolayısıyla bütünlük arz eden eseri meydana getirme ve teslim borcu birbirinden ayrılamaz. Ayrıldığı takdirde eser sözleşmesi satım sözleşmesi haline dönüşür. Eser sözleşmesine karakteristiğini veren unsur hazırlık çalışmalarının aldığı zamandır. Bu zaman ise yükleniciyle iş sahibi arasında sürekli bir borç ilişkisi meydana getirir.

Türk Borçlar Kanununda yer alan ve yüklenicinin borcunu yerine getirirken davranışlarını düzenleyen kurallar, bu tür sözleşmenin sürekli borç ilişkisi olduğunu ortaya koyar. Ayrıca bu görüş taraftarlarınca, yüklenicinin faaliyetlerine ve taraflar arası güvene verilen önemin bu kurallarla gösterildiği ileri sürülmektedir. Bu düşünceden hareketle eser sözleşmesinin fesihle ileriye etkili olarak sona erdirilebileceği savunulmaktadır.

⁴² Serozan, **a.g.e.**, s.166., Öz, **a.g.e.**, s.16'da geçen yazarlar.

C. Karma Görüş

Karma görüş taraftarlarına göre⁴³, eser sözleşmeleri hem ani edimli hem de sürekli edim içeren sözleşme tiplerinin bir birleşimi olduğu ileri sürülür. Bu görüşe göre eser sözleşmeleri tek başına ne ani edimli bir sözleşme, ne de tek başına sürekli edim yükümü içeren sözleşmelerdir.

Karma görüşe göre, hakkında özel hüküm bulunmayan hallerde eser sözleşmelerinin sona erdirilmesinde, ani edimli sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hükümler ya da sürekli edim yükümü içeren sözleşmelerin sona erdirilmesine ilişkin hükümler doğrudan uygulanamaz. Hakim her somut olayda objektif iyi niyet kurallarına göre, taraflar arasındaki menfaat dengesini gözeterek, yerine göre ani edimli yerine göre sürekli edimli sözleşme tiplerine uygun hükümleri uygulaması gerekir.

D. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Şahsî Kanaatimiz

Yukarıda kısaca özetlenen üç görüşün değerlendirilmesinde, her görüşün doğru ve isabetli yanlarının bulunduğunu söylemek mümkündür. Ani edimli sözleşme görüşünün, sürekli edim yükümü içeren sözleşme görüşünün uygulanmasında ortaya çıkan sorunlara farklı bir bakış açısı geliştirdiği ve pratiklik sağladığı açıktır.

Uygulamada, Yargıtay Kararıyla da şekillenen görüş karma görüştür⁴⁴. Ancak karma görüşün uygulama alanında borçlunun temerrüdü ve ifa imkânsızlığı halleri göz önünde bulundurulmuştur. Oysa ki kamu ihale sözleşmelerinin sona erdirilmesinde hem 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenmiş özel haller, hem de Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş haller göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla

⁴³ Serozan, **a.g.e.**, s.176'da geçen yazarlar, İsmet Sungurbey, **Medeni Hukuk Sorunları**, Cilt 4, İstanbul, 1980, s. 457.

⁴⁴ Buna kaynaklık eden YİBK'in 25.01.1984 tarihli E.1983/3 ve K.1984/1 sayılı Kararıdır. Bu kararda TMK m. 2'nin, "olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda" doğrudan uygulama alanı bularak ani edimli olan eser sözleşmesinde de ileriye etkili feshin olacağını öngörmektedir.

ikinci bölümde yer alan her bir sözleşmeyi sona erdiren duruma ilişkin olarak, göz önünde bulundurulması gereken dürüstlük kurallarına göre ileriye ya da geriye etkili feshin değerlendirilmesi gerekir.

Doktrinde yukarıda bahsedilen üç görüşün ortaya çıkmasında uygulama kaygısının ağır bastığını görmek mümkündür. Meselâ, ani edimli sözleşme görüşünün eleştirildiği eserlerde, pratikte buna ilişkin hüküm ve sonuçların uygulanmasındaki zorluk gündeme getirilir.

Özellikle tasfiye imkânsızlığı ya da iade yükümündeki imkânsızlık, yazarları sürekli edimli yükümü içeren sözleşme görüşüne yöneltmiştir. Yargıtay ise⁴⁵ eser sözleşmesinin ani edimli sözleşme olduğunu kabul etmekle beraber, sözleşmenin sona erdirilmesinde dürüstlük kurallarına uygulama alanı tanıyarak, ani edimli sözleşmenin çözülmesinde ortaya çıkan menfaat dengesizliğini gidermeye çalışmıştır.

Burada şunu belirtmek gerekir ki, ani edimli sözleşmelere, sürekli edim yükümü içeren sözleşme ya da karma görüş gibi teorik tartışmalar yerine uygulamanın hukukîliğini savunmak hukuk teorisinin gelişmesi açısından talihsizdir. Özellikle sözleşme ilişkisinin çözülmesinde tasfiye ya da iade yükümüne ilişkin kuralların geliştirilmesi yerine, sözleşme karakteristiğinin birbirine indirgenmesi doğru değildir. Hakkaniyetin sağlanması için kişilerin hukukî güvenliğinin teorik alanda ve bunun yansıması olarak düzenlemelerde sağlanması gerekir.

Kural alanının zayıflatılarak ve takdir yetkisine dayanarak, her hukukî ilişkiyi hakime çözdürmek kişilerin hukuk düzenine olan güvenini sarsacak şekilde, mahkemeye altından kalkamayacağı bir sorumluluk yüklenmesi anlamına gelir. Bu nedenle kanaatimizce, tasfiye ve iade yükümlerine ilişkin kuralların teorik bazda gelişmesini sağlayarak, ani edimli sözleşme görüşünün daha isabetli sonuçlar vereceğini söylemek mümkündür.

⁴⁵ YİBGK 25.01.1984 tarihli ve E:1983/3, K:1984/1 sayılı Kararı, www.kazanci.com, ET.14.11.2010.

E. Dönme Teorisinin Kamu İhale Sözleşmelerine Uygulanması

Dönme teorisinin uygulanmasına yönelik tartışmanın temelinde sözleşmeden dönmenin, sözleşme üzerindeki etkilerini açıklayan görüşler yatmaktadır. Dönme, yenilik doğurucu hakkının sözleşme üzerindeki etkileri öncelikle Alman Hukukunda tartışma alanı bulmuş, 1970'li yıllardan bu yana Türk ve İsviçre Hukuklarında tartışılmaya devam edilmiştir⁴⁶. İsviçre Borçlar Kanununda olduğu gibi Türk Borçlar Kanununda da (TBK m. 117 vd., BGB 346 vd.) dönme hakkının kullanılması durumunda sonucun ne olacağına ilişkin açık bir hüküm yer almamıştır. Doktrin ve yargı kararlarıyla bu boşluğun giderilmesine çalışılmıştır⁴⁷.

Türk ve İsviçre Hukuklarında hakim olan klâsik dönme görüşüne göre dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme geriye etkili olarak, başlangıçtan itibaren hiç kurulmamış gibi ortadan kalkar. Dolayısıyla ifa edilmemiş borç ve alacaklarda ortadan kalkar. Ancak sorun daha önce ifa edilmiş edimler açısından kendini gösterir. Bu edimler sebebin baştan itibaren ortadan kalkmasıyla sebepsiz hale gelirler. Bu nedenle sebepsiz olarak tarafların malvarlığındaki artışın sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade edilmesi gerekir. İade de zamanaşımı olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerinde ön görülen iki yıllık zamanaşımıdır. Bu görüşe göre dönme nedeniyle istenebilecek tazminat menfi zararlardan doğan tazminattır. Karşı tarafın geçerli bir sözleşmeye güvenerek yaptığı masraflar ile geçersizlik dolayısıyla uğranılan zarar tazminatın miktarını belirler⁴⁸.

Klâsik görüşte, dönme sonucu sona erdirilen sözleşme gereğince yapılan sebebe bağlı tasarruflar kendiliğinden eski haline dönmez⁴⁹. Tasarruf işlemi dönmeden etkilenmeyecek ancak sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkıyla istenebilecektir. Bu yaklaşım özellikle sebebe bağlı tasarruflar

⁴⁶ Serozan, **a.g.e.**, s. 31.

⁴⁷ Serozan, **a.g.e.**, s. 31. Bu tartışmalar için Bkz. Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2008.

⁴⁸ Koray Bilge, **İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sebepleri ve Sonuçları**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2009, s. 17.

⁴⁹ Serozan, **a.g.e.**, s. 502.

açısından hukukumuzda savunulması güç bir görüştür. Bu son düşüncenin karşısında olan görüşe göre⁵⁰, sözleşme çerçevesinde önceden gerçekleştirilen tasarruf işlemleri dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte geçmişe etkili olarak sona erer. Ancak verilen şeylerin talebi aynî hakka dayanılarak talep edilebilir. Talep istihkak davasıyla ileri sürülebilir. Alman Hukukunda yer alan mülkiyetin geçişinin sebebe bağlı olmadığı düşüncesinin aksine Fransız Hukukunda uygulama alanı bulan bu düşünce, iadenin aynı hakka dayalı olarak talep edilmesinin temelini oluşturur⁵¹. Alman Hukukunda ise, sebepsiz zenginleşmeye dayanan taleple iadenin istenilmesi gerekir.

Klâsik dönme teorisini eleştiren yazarlar⁵² tarafından öne sürülen yasal borç ilişkisi görüşü, dönmenin sözleşmeyi baştan geçersiz hale getirdiğini kabul etmekle birlikte iade yükümü, sebepsiz zenginleşmeye değil, Türk Borçlar Kanunu m. 125'e (BK m. 108) dayanan yasal bir borç olduğunu ileri sürer. Buna bağlı olarak zamanaşımının genel zamanaşımı olan 10 yıl olduğu savunulmaktadır. Bununla birlikte, iadenin kapsamı konusunda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini, çünkü TBK m. 125'de kapsamla ilgili bir düzenlemenin yer almadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşü klasik görüşten ayıran en önemli husus, dönme halinde müspet zarar istenebilir⁵³.

Yeni dönme görüşü, dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin doğrudan geriye etkili veya ileriye etkili olarak sona ermeyeceğini, sözleşme ilişkisinin içeriğinin değişerek çözülme sürecine gireceğini savunur⁵⁴. Dönmenin gerçekleşmesi ile ifa edilmemiş borçlar sona ermeyecek ancak borçlunun ifadan kaçınabileceği bir hak bahşedecektir. Daha önce ifa edilmiş edimler ise iade yükümüne dönüşerek varlığını sürdürürler. Kısacası sözleşmenin amacı, dönme bozucu yenilik doğuran hakkının kullanılmasıyla değişerek tasfiyeye dönüşür. İade de sözleşmeden doğan bir borç olarak yer

⁵⁰ Serozan, **a.g.e.**, s. 503.

⁵¹ Bilge, **a.g.e.**, s. 17.

⁵² Bilge, **a.g.e.**, s. 18'de yer alan yazarlar.

⁵³ George B. Klippert, **Unjust Enrichment**, Toronto Butterworths, 1983, s. 303.

⁵⁴ Bilge, **a.g.e.**, s. 21, Öz, **a.g.e.**, s. 37.

alır ve taraf değiştirerek, sözleşmeden dolayı talep edilebilir. Bu görüşe göre, dönme durumunda, menfi zarar veya müspet zarar istenilebilir. Yeni dönme teorisi diğer iki teorinin taşıdığı olumsuzlukları gidermesi ve iadede zamanaşımı ve talep edilecek tazminatın kapsamını daha geniş bir çerçevede ele aldığı için kamu ihale sözleşmelerinde de uygulanabileceğini ileri sürmek yerinde olur.

II. FESHİN HÜKÜMLERİ

A. Genel Olarak

Kamu ihale sözleşmelerinde fesih sebepleri sadece yüklenicinin veya idarenin temerrüdünden ya da imkânsızlıktan kaynaklanmaz. Bu sebeple feshin hükümleri de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan her bir sebep için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Diğer taraftan, ani edimli ve sürekli edim yükümü içeren kamu ihale sözleşmelerinde feshin hükümleri fesih veya dönme kuramlarındaki görüşler dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu anlamda sürekli edim yükümü içeren sözleşmelerde feshin hükümlerinde bir tartışma bulunmamaktadır. Sürekli edimli kamu ihale sözleşmelerinde fesih hakkının kullanılmasıyla sözleşme ileriye etkili olarak sona erer. Doğmamış borç ve alacaklar sona erer, daha önce ifa edilmiş borçlar ise sözleşme ilişkisi içerisinde yerine getirilmiş olup fesihten etkilenmezler⁵⁵. Ancak kamu ihale sözleşmelerinin büyük çoğunluğunu oluşturan, mal alımı ve yapım işlerine ait sözleşmelerin ani edimli olması, feshin hükümlerinin kabul edilen torilere göre farklılık arz edecektir.

Yargı kararıyla gerçekleştirilen anlayışın Türk Borçlar Kanununa da kaynaklık etmesi dolayısıyla, dürüstlük kuralları dönme hakkının kullanılmasında ölçü teşkil eder. Dürüstlük kurallarının uygulanmasında, yargı kararları temerrüt ve imkânsızlık hallerinde ilişkin olmakla birlikte, diğer

⁵⁵ Serozan, a.g.e., s. 505.

fesih hallerinde de uygulanma alanı bulur. Dürüstlük kuralları kamu ihale sözleşmesinin sona erdirilmesinde taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlayacak, hukuk eliyle adalet vicdanının tesis edilmesinde önemli bir araç olur. Fakat sadece tasfiye yükümünün uygulamada zor hatta imkânsız olması, ya da iade ve tazminat hukukundaki eksiklikleri karşılamak amacıyla dürüstlük kurallarının uygulama alanı bulunduğunu söylemek zordur. Bu, sadece dürüstlük kurallarının dönme teorisine uygulanmasının sonuçlarıdır.

Feshin hükümlerinin açıklanmasında, bildirimli fesih halleri ile bildirimsiz fesih hallerinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

B. Bildirimli Fesih Hallerinde Feshin Hükümleri

Bildirimli fesih halleri, kamu ihale sözleşmelerinde, sözleşmenin sona erdirilmesi ile birlikte yaptırımları da gündeme getirmektedir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan sözleşmelerin fesih sebepleri özel bir önemi tabi tutulmuş ve daha ağır yaptırımlara bağlanmıştır.

Feshin hükümlerini oluşturan bu haller, bildirimli fesih halleri ile bildirimsiz fesih hallerinde farklı hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Bildirimli fesih hallerinin hükümleri anılan Kanunun 20, 22 ve 26 ncı maddelerinde düzenlenmiştir. Fesih sonuçlarına ilişkin olarak ise “genel hükümlere göre tasfiye” ibaresiyle Türk Borçlar Kanununa atıf yapılmıştır. Bildirimli fesih halleri 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16, 17, 18 ve 20 nci maddelerinde tanımlanmıştır. Buna göre her bir bildirimli fesih haliyle birlikte hükümlerinin incelenmesi, konunun karşılaştırılmalı olarak irdelenmesi açısından önem taşımaktadır.

1. Sözleşmenin İzinsiz Devri Sebebiyle Feshin Hükümleri

Kamu ihale sözleşmelerinin izinsiz devri bir fesih sebebidir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun, sözleşmenin izinsiz devrini düzenleyen 16 ncı maddesinde, “*İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin, devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanır.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde sözleşmenin izinsiz devredilmesi veya devir alınması durumundaki hüküm ve sonuçlara bir arada yer verilmiştir. Feshin hükümlerinde, feshin hükümlerinin etkilediği sözleşmeler ile bunlara etkisi ortaya konulmalıdır. Öncelikle izinsiz devir müessesesi, yüklenici tarafından bir kamu ihale sözleşmesinin devredilmesiyle başlar. Burada adeta devri yapan yüklenicinin sözleşme özgürlüğüne kamu ihale sözleşmeleri yönünden bir sınırlarına getirilmiştir. İzinsiz devri gerçekleştiren yüklenicinin üç yıl içinde devrettiği diğer sözleşmeler ile izinsiz devraldığı sözleşmeler de feshedilecektir⁵⁶.

Kamu ihale sözleşmesinin sürekli edim yükümü içeren bir sözleşme olması durumunda, (meselâ, temizlik hizmet alımı sözleşmesi olması durumunda) kural olarak sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilecektir. Ancak ani edimli bir eser sözleşmesi söz konusu ise dürüstlük kuralları gerektiriyorsa ileriye etkili fesih söz konusu olur.

İzinsiz devir durumundaki hükümleri altı grupta incelenebilir:

- (1) İhtar,
- (2) İzinsiz devreden yükleniciye mehil verilmesi,
- (3) Kamu İhale sözleşmesinin feshedilmesi,
- (4) Kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların güncellenerek gelir kaydedilmesi,
- (5) Kamu İhalelerine katılmaktan geçici olarak yasaklama,

⁵⁶ KİSK m. 16’ya göre yapılan sözleşme devirleri Kamu İhale Kurumu tarafından tutulan sicile kaydedilmektedir.

(6) Hesabın genel hükümlere göre tasfiyesi.

İzinsiz sözleşmeyi devreden yükleniciye mehil verilerek, fesih sonucunda, idare tarafından Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre kullanabileceği iki seçimlik hakka imkân tanınmıştır. Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre iki olan seçimlik hak, izinsiz devir durumunda ifa ve gecikme tazminatı seçeneği 4735 sayılı Kamu İhale sözleşmeleri Kanununda ortadan kaldırılmıştır. Sözleşmeden dönme ve menfi zararın istenilmesi ya da ifayı reddederek müspet zararın istenilmesi feshin sonuçları başlığı altında incelenecektir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu sözleşmenin izinsiz devredilmesi durumunda hesabın genel hükümlere göre tasfiye edilmesini öngörerek Türk Borçlar Kanununa doğrudan atıf yapmıştır. Buna göre feshin veya dönmenin söz konusu olduğu kamu ihale sözleşmelerinde Türk Borçlar Kanununun m. 123 vd. (BK m. 106 vd.) hükümlerine göre tasfiye ve iade gerçekleşecektir.

2. Yüklenicinin İflâsı, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti Halinde Feshin Hükümleri

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 17 nci maddesi birbirinden farklı üç fesih halini içermektedir. Bu hallerin ortak özelliği yüklenicinin sözleşmeden doğan borçlarına ifa etme imkânının fiilen ortadan kalkmasıdır. Burada öngörülen hallere ilişkin feshin hükümleri farklılık göstermektedir ve ayrı ayrı incelenmelidir.

a. Yüklenicinin İflâsı Halinde Feshin Sonuçları

Yüklenicinin iflâsı durumunda sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesindeki zorluk nedeniyle, yüklenicinin iflâsı kamu ihale sözleşmesinin

feshinde bir sebep olarak öngörülmüştür. Ancak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 17 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde 20 nci maddeye yapılan atfın pratikte bir anlamı yoktur.

Her ne kadar burada da geniş anlamda yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine göre yerine getirmemesi söz konusuysa da verilecek mehilin bunu ortadan kaldırma gücü yoktur. Ancak Kanuna göre yüklenicinin iflâsı halinde öngörülen hükümler kamu ihalelerine katılmaktan geçici olarak yasaklama hali hariç sözleşmenin izinsiz devrinde öngörülen hükümlerle aynıdır. Zaten iflâs etmiş bir yüklenicinin başka bir kamu ihalesine teklif verip sözleşme yapması veya başka bir yüklenicinin sözleşmesini devralması tasfiye maksadını aştığından hukuken mümkün bulunmamaktadır.

İflâs durumunda, yüklenicinin sürekli edim yükümü içeren kamu ihale sözleşmeleri ileriye etkili olarak sona ereceği gibi, hilesiz iflâsta da ani edimli kamu ihale sözleşmelerinin ileriye etkili olarak sona ermesi, dürüstlük kurallarının bir gereğidir. Yüklenicinin kusuru olmaksızın iflâs etmesi durumunda, ani edimli kamu ihale sözleşmesinin geriye etkili olarak dönme yoluyla sona erdirilmesi hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşmaz.

b. Yüklenicinin Ağır Hastalığı Sebepiyle Sözleşmenin Feshinin Hükümleri

Ağır hastalık, *“yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmesine engel olması”* durumunda fesih nedeni olarak öngörülmüştür. Şahsi edim yükümünün bulunmadığı kamu ihale sözleşmeleri ile bir vekil aracılığı ile yürütülmesinin mümkün olduğu kamu ihale sözleşmelerinde ağır hastalık edimi yerine getirmeye engel teşkil etmiyorsa fesih söz konusu olmaz. Diğer taraftan, yükleniciye kendi iradesi ile veya yetkili makamlar tarafından temsilci atanamamışsa, ancak bu durumda fesih söz konusu olabilir. Bu

halde feshin sözleşmeye etkisi bakımından iflâsın sözleşmeye etkisi konusunda anlatılanlar burada da geçerlidir.

c. Yüklenicinin Tutukluluğu veya Mahkûmiyeti Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hükümleri

Yüklenicinin ağır hastalığında olduğu gibi, tutukluluk veya mahkûmiyet halleri de gerçek kişilere özgü kamu ihale sözleşmesini sona erdiren sebeplerdendir. Tutukluluk veya mahkûmiyet kişisel edim yükümü içeren kamu ihale sözleşmelerinde diğerlerinden farklı bir önem taşır. Ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyet hallerinde kişisel edim yükümü içeren sözleşmeler imkânsızlık nedeni ile sona erecektir. Bunun dışındaki sözleşmelerde ise tutukluluğun veya mahkûmiyetin, taahhüdün yerine getirilmesine engel teşkil edip etmediğine bakılır. Eğer tutukluluğun süresi, işin mahiyeti itibariyle taahhüdün yerine getirilmesine engel değil ise, sözleşmenin feshi söz konusu olamaz. Öte yandan tutukluluk veya mahkûmiyetin taahhüdün yerine getirilmesine engel olduğu durumlarda, yüklenicinin kendi iradesiyle vekil, veya ilgili makamlar tarafından yasal temsilci atanması sözleşmenin feshini engeller. Taahhüdün yerine getirilmesine engel olan tutukluluk ve mahkûmiyet halleri ile vekil veya yasal temsilci atanmaması durumunda sözleşmenin feshi yoluna gidilecektir. Feshin hükümleri ise yasaklılık hali hariç iflâsın sözleşmeye etkisinde olduğu gibidir.

3. Yüklenicinin Ortak Girişim Olması Halinde Ölüm, İflâs, Ağır Hastalık, Tutukluluk veya Mahkûmiyet Sebebiyle Feshin Hükümleri

Yüklenicinin ortak girişim olması durumunda pilot veya koordinatör ortağın ölümü, iflâsı, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti ile sözleşmenin sona ermesi ile özel ortakların ölümü, iflâsı, ağır hastalığı,

tutukluluğu veya mahkûmiyeti ile sözleşmenin feshi farklı hükümlere tabidir. Gerçekten de, kural olarak ortak girişimi oluşturan ortaklardan birinin yukarıda sayılan sebeplerden dolayı taahhüdün yerine getirilmesinde zorlukla karşılaşması veya ortak girişimin dağılması tek başına sözleşmenin sona ermesine yetmez.

Pilot veya koordinatör ortağın ölümü durumunda ve diğer ortakların teminat dahil, pilot ya da koordinatör ortağın ortağın diğer yükümlülüklerini üstlenmemesi durumunda feshin hükümleri;

- (i) İhtar,
- (ii) Ortak girişime en az 30 gün mehil verilmesi,
- (iii) Kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi,
- (iv) Kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların iade edilmesi,
- (v) Sözleşmenin dürüstlük kurallarının etkisiyle ileriye etkili olarak sona erdirilmesi,
- (vi) Yasaklama hükümlerinin uygulanmaması olarak sıralanabilir.

Ancak pilot veya koordinatör ortağın ölümü dışında, iflâs, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyet hallerinde olması durumunda feshin hükümleri değişmektedir. Buna göre, pilot veya koordinatör ortağın ölümü dışında başka sebeplerle ortaklıktan ayrılması halinde feshin hükümleri ortak girişimin aleyhinedir. Bu durumda feshin hükümleri;

- (i) İhtar,
- (ii) Ortak girişime 30 günlük süre verilmesi,
- (iii) Kamu ihale sözleşmesinin objektif iyi niyet kuralları çerçevesinde sona erdirilmesi,
- (iv) Kesin teminat ve varsa ek kesin teminatları gelir kaydedilmesi,
- (v) Kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklanma hükümlerinin uygulanmaması olarak sıralanabilir.

Pilot yada koordinatör ortak dışındaki ortaklardan birinin ortaklıktan ayrılması halinde diğer ortaklar o ortağın teminat dahil sorumluluklarını yerine

getirerek sözleşmeye devam edebilirler. Bununla birlikte, ayrılan veya ölüm, iflâs, tutukluluk, ağır hastalık veya mahkûmiyet nedeniyle taahhüdünü ifa edemeyecek ortağın yükümlülüklerini üstlenmemesi durumunda, idarece 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 nci maddesine göre ortak girişim temerrüde düşürülerek sözleşme feshedilir. Burada artık anılan Kanunun 18 inci maddesinin birinci fıkrasındaki özel hükmün özel ortaklar açısından uygulama imkânı kalmamıştır.

4. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hükümleri

Yüklenicinin temerrüdü 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 nci maddesi ile 22 nci maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde synallagmatik sözleşmelerde temerrüdü ve sonuçlarını düzenleyen TBK m. 123 ve devamındaki hükümlerden (BK m. 106 vd.) farklı olarak daha ağır sonuçlara yer verilmiştir⁵⁷. Meselâ, karşılıklı borç yükümü içeren sözleşmelerde borçlunun temerrüdü için alacaklının bizzat kendisi veya mahkeme tarafından tayin edilen mehil, anılan Kanunun 20 nci maddesinde asgari haddi belirlenerek, üst sınırın takdiri idareye bırakılmıştır.

Burada belirtmek gerekir ki üst sınırın belirlenmesinde TBK'da ön görülen mehil verme amacının burada da gerçekleşmesi gerekir. Yani mehil, borçlu açısından son bir şans olarak ifa etmeye elverişli olmalıdır. Mehil belirleme konusunda kanunkoyucu burada idareyi yetkili kılmıştır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 20 nci maddesinin birincinde fıkrasında yer alan "*idarenin en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen*" ibaresi bu düşüncüyü destekler niteliktedir. Yüklenicinin temerrüdünün hükümlerini altı grupta sıralayabiliriz;

- (i) İhtar,
- (ii) Dönme ve menfi zararın istenilebilmesi için yükleniciye en az 10 günlük mehil verilmesi,

⁵⁷ Eren, a.g.e., s. 1109.

- (iii) Sözleşmenin sona erdirilmesi,
- (iv) TBK m. 125'te yer alan seçimlik hakların kullanılması,
- (v) Kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların güncellenerek gelir kaydedilmesi,
- (vi) Kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklama kararı verilmesi.

Yüklenicinin temerrüdünde, uygulanacak hükümlerin ağırlığı ve sonuçlarının yükleniciye getireceği yük Türk Borçlar Kanununa göre daha ağırdır. Anılan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu tek başına yüklenicinin temerrüdüne ilişkin hükümler içermemekte, TBK'yla birlikte uygulama alanı bulmaktadır. Gerçekten de anılan Kanunun son fıkrasında geçen "*hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir*" ibaresi doğrudan Türk Borçlar Kanununa atıfta bulunan bir hükümdür.

Sürekli edim yükümü içeren kamu ihale sözleşmelerinde borçlunun idare tarafından, fesih hakkının kullanılmasıyla ileriye etkili olarak sona ermektedir. İdare tarafından fesih hakkının kullanılmasıyla doğmamış borçlar sona ererken ifa edilmiş kısım geçerli bir ifanın meydana getireceği tüm sonuçları doğururlar⁵⁸. Meselâ, bir temizlik hizmet alımında fesih tarihine kadar yapılan işlerin bedeli geçerli bir sözleşmeye dayanarak sözleşme fiyatları üzerinde yüklenici kârı dahil hak edişe bağlanarak ödenir.

Anî edimli kamu ihale sözleşmelerinde ise durum farklıdır. Dönme yoluyla sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesi durumunda kamu ihale sözleşmesinde başta yer alan borçlar taraflar arasında yer değiştirecektir. Doğmamış borçlar açısından ise ifa etmeme konusunda borçluya bir yetki tanınmış olur⁵⁹. Dönme ile feshin ödemedeki farkı, fesih durumunda yapılan işlerin bedeli, sözleşme fiyatları üzerinden yüklenici kârı dahil ödenebilirken, dönme durumunda taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması bakımından yüklenici kârı ödenmesi mümkün değildir. Zaten

⁵⁸ Serozan, **a.g.e.**, s. 115.

⁵⁹ Serozan, **a.g.e.**, s. 505.

Yargıtay tarafından dürüstlük kurallarının dönmeye etki ettirilmesi bu yüzdendir. Çünkü her zaman yüklenicinin temerrüdünde, ani edimli sözleşmenin geriye etkili olarak sona erdirilmesi durumunda hakkaniyete uygun sonuçlar doğmayacağı gibi tasfiye ve iade fiilen mümkün de olmayabilir. Meselâ, bir bina yapımını içeren kamu ihale sözleşmesinde işin % 80'inin tamamlandığını varsayalım. Daha sonra kamu ihale sözleşmesinin yüklenicinin temerrüdü yüzünden geriye etkili olarak dönme yoluyla sona erdirildiğinde, iade, eşya hukuku kuralları gereği veya fiili olarak mümkün değildir. Aynı durum mal alımı sözleşmelerinde de geçerlidir. İdarenin talebi üzerine 100 birim ilaç satmayı taahhüt eden yüklenici, 50 birimini teslim ettikten sonra yüklenicinin temerrüdü nedeniyle kamu ihale sözleşmesi dönme yoluyla geriye etkili olarak sona erdirilirse kural olarak idare teslim edilen ilacı iade yükümü altına girecektir. Burada iki ihtimal karşımıza çıkar. Ya idare ilaçları kullanmıştır fiilen iade mümkün değildir ya da idare kendi deposundaki ilaçları yükleniciye iade edecektir. Bu durum ise başlangıçtan sözleşmeye güvenerek imalât yapmış veya sipariş vererek ilacı temin etmiş yüklenicinin güveninin korunması ile bağdaşmaz. İlacın idare tarafından iade edilmesi yükleniciyi Kanunda öngörülmemiş ilave bir zararla karşı karşıya bırakır. Bu ise dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaz. Dönme hakkının kullanılmasındaki amaç tarafların menfaatleri arasındaki dengenin sözleşmenin kurulduğu andaki dengeye döndürülmesidir⁶⁰. Dengenin sağlanmasında temel alınacak kriter ise, geçerli sözleşmeye güvenilerek yapılan işlemlerin hukukî korunmaya alınmasıdır. Aynı durum idarece tüketilen ilaçların iadesinde de kendisini gösterir. Fiilen iadenin istenmesi veya idarece piyasa fiyatından bedelin iadesinin sağlanmasının istenilmesi idarenin geçerli sözleşmeye göre elde ettiği avantajın ya da sözleşmeye olan güvenin korunmaması anlamına gelir.

⁶⁰ Serozan, a.g.e., s. 39.

C. Bildirimsiz Fesih Hallerinde Feshin Hükümleri

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre bildirimsiz fesih halleri, Kanunda belirlenen hallerin gerçekleşmesi üzerine idare tarafından yükleniciye herhangi bir mehil verilmeksizin fesih veya dönme beyanı ile kamu ihale sözleşmesinin sona erdirilmesini ifade eder. Bildirimsiz fesih halleri, anılan Kanunun 17, 19, 20(b), 21, 23 ve 24 üncü maddesinde yer alan hallerdir. Öte yandan kamu ihale sözleşmesinden doğan borçların sözleşme veya Türk Borçlar Kanununda yer alan hallerden biri ile sona ermesi de bildirimsiz sona erme halleri içinde mütalaa edilir. Ancak bu hallerde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda belirtilen hallerdekine benzer sonuçlar bağlanmamıştır. Bildirimsiz fesih hallerinin nitelikleri ve fesihte hükümleri birbirinden farklıdır. Kimi bildirimsiz fesih hallerinde işlem temeli çökerken⁶¹ (meselâ, sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle fesihte), bazılarında ise kamu ihale sözleşmesinin ifa kabiliyeti (meselâ yüklenicinin ölümü veya mücbir sebepler hallerinde) ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle feshin hükümleri bakımından her bir bildirimsiz fesih hali ayrı ayrı irdelenmelidir.

1. Yüklenicinin Ölümü Halinde Feshin Hükümleri

Yüklenicinin ölümü halinde kamu ihale sözleşmesine devam edilmesi, yüklenici ile aynı yeterlilik kriterlerini taşıyan mirasçı veya mirasçıların yüklenicinin ölüm tarihinden itibaren 30 gün içerisinde idareye başvurarak sözleşmeyi devralma iradesini ortaya koymasıyla mümkündür. Yükleniciyle aynı şartları taşıyan mirasçıların bulunmaması ya da, mirasçıların talepte bulunmaması durumunda kamu ihale sözleşmesi ileriye etkili olarak feshedilir. Feshin hükümlerini beş grupta sıralamak mümkündür;

- (i) İhtar,

⁶¹ Oğuzman/Öz, a.g.e., Cilt 1, s. 209.

- (ii) Fesih,
- (iii) Kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatların mirasçılara iadesi,
- (iv) Yüklenicinin idareden olan alacaklarının mirasçılara ödenmesi,
- (v) Varsa, yüklenici ile aynı şartları taşıyan mirasçılara sözleşmenin devri.

4735 sayılı kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda birden fazla mirasçının devir için başvuruda bulunması üzerine idarece kamu ihale sözleşmesinin kime nasıl devredileceğine dair açık bir hüküm öngörülmemiştir. Ancak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun yüklenicinin ölümü halinde sözleşmenin feshini düzenleyen 17 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “*talepte bulunan varislere*” ibaresinden birden fazla mirasçı tarafından talepte bulunması durumunda talepte bulunan mirasçıların tamamına sözleşmenin devredileceği çıkarmak mümkündür. Aynı sonuca miras hukukunda geçerli olan külli halefiyet ilkesinden de ulaşmak mümkündür⁶². Mirasçılardan birinin sözleşmeyi devralmak istemesi durumunda buna diğer mirasçıların muvafakat etmesi gerekir. Aksi halde hakların ve borçların küllî intikali gereği bütün sonuçlardan mirasçılar sorumludur.

2. Yüklenicinin Malî Acz İçinde Olması Sebebiyle Feshin Hükümleri

Yüklenicinin, kamu ihale sözleşmesi yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında malî acze düşmesi, idare tarafından kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi için haklı sebep olarak öngörülmüştür. Malî acz sebebiyle kamu ihale sözleşmesinin feshinin hükümlerini, sözleşme öncesinde ve sözleşme sırasındaki işlenen yasak fiil ve davranışlar nedeniyle fesihle eşit tutulmuştur. Bu ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenmiş en ağır hüküm ve sonuçları olan fesih halidir. Yüklenicinin malî aczi nedeniyle kamu ihale sözleşmesinin feshinin hükümlerini beş grupta incelemek mümkündür:

⁶² Öztan, **Miras Hukuku**, s. 16.

- (i) İhtar,
- (ii) Sözleşmeden dönme veya fesih,
- (iii) Kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatın güncellenerek gelir kaydedilmesi,
- (iv) Kamu ihalelerine katılmaktan geçici olarak yasaklama,
- (v) Kamu ihale sözleşmesinin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zararı yükleniciye tazmin ettirme.

Yüklenicinin malî acz içinde olması nedeniyle kamu ihale sözleşmesinin feshinde, fesih talebinin idareye ulaşmasından itibaren 7 gün içerisinde fesih kararı alır ve 5 gün içinde yükleniciye bildirilir. Ancak fesih, etkisini yüklenicinin talebinin idareye ulaştığı tarihte başlar. Burada, diğer fesih hallerinde olmayan “*sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar*”ın ayrıca yükleniciye tazmin ettirileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, idare fesih nedeniyle sadece sözleşme yapmak için yaptığı masrafları değil, kaçırdığı elverişli fırsatları veya yapmak zorunda kaldığı daha yüksek fiyatlı sözleşmelerden doğan zararını yükleniciden ister⁶³. Bu talebi için yükleniciye karşı alacak davasının asliye mahkemesinde açılması gerekir.

3. Sözleşmenin Yürütülmesi Sırasında Yüklenicinin Yasak Fiil veya Davranışları Sebebiyle Feshin Hükümleri

Kamu ihale sözleşmesinin yürütülmesi sırasındaki yasak fiil ve davranışlar 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 25 inci maddesinde sayılmıştır. Bu fiil veya davranışlar, sözleşme ilişkisini temelinden sarsan ve dürüstlük kurallarına uymayan davranışlardır. Yasak fiil ve davranışlar kimi zaman hata, aldatma ve korkutma niteliğini alırken, kimi zaman da koruma yükümlerinin ihlalini içinde barındırmaktadır. Ancak anılan

⁶³ Eren, a.g.e., s. 1056., Oğuzman/Öz, a.g.e., Cilt 1, s. 451.

hükmün düzenlenmesinde kanun koyucunun gerekli özeni gösterdiğini söylemek zordur.

Yüklenicinin temerrüdünü düzenleyen anılan Kanununun 20/a maddesinde “*Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine göre yerine getirmemesi*” bildirimli fesih hali olarak düzenlenmiştir. Yasak fiil ve davranışları düzenleyen 25 inci maddenin (c) bendinde; “*Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı, veya kusurlu imalat yapmak*”, aynı hükmün (f) bendinde, “*Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek*” fiilleri yasak fiiller olarak düzenlenmiştir.

Halbuki, mahiyet itibariyle yasak fiil olarak düzenlenen bu fiiller açıkça yüklenicinin temerrüdüne yol açan ve 20 nci maddesinin kapsamında giren hallerdir. Burada sözleşmenin feshi açısından iki aynı sebep, farklı sonuçlara bağlanmıştır. 25 inci maddeyi yüklenicinin temerrüdü halinde veya kötü ifası sırasında tek başına fesih sebebi saymayıp, 20 inci maddenin tamamlayıcısı olarak anlamak daha makul olarak gözükmektedir. Yani yüklenicinin temerrüdü halinde 20/a maddesinin öncelikle uygulanması, ancak sözleşmenin feshi durumunda yasak fiil ve davranışların doğası gereği kamu ihalelerine geçici olarak yasaklama kararının 25 inci maddeye göre verilmesi gerekir. Aksi halde 20/a maddesi ile 20/b maddesi arasında herhangi bir fark kalmaz. Hatta 20/b maddesi, 20/a maddesini de içerisine alan daha geniş bir uygulama alanı bulur. Çelişkili yorumların giderilmesi için 25 inci maddenin yeniden düzenlenmesi gerekir.

Sözleşme sırasındaki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle kamu ihale sözleşmesinin feshinin hükümleri bir önceki başlık altında anlatılan malî acz nedeniyle feshin hükümleriyle aynı niteliktedir.

4. Sözleşmeden Önceki Yasak Fiil ve Davranışlar Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Hükümleri

Sözleşmenin imzalanmasından önceki yasak fiil veya davranışlar 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 17 inci maddesinde düzenlenmiştir. Yasak, bu fiil veya davranışların ihale aşamasında tespit edilememesi durumunda sözleşmenin yürütülmesi sırasında da yaptırıma bağlanmıştır. Burada işin yapılan kısmı dikkate alınarak cezalı olarak bu fiil veya davranışlarda bulunan yüklenicilerin taahhüdünü yerine getirmelerine olarak tanınmıştır. Ancak bunun için işin % 80'inin tamamlanmış olması ve işin bu yüklenici tarafından tamamlanmasın da kamu yararının bulunması durumunda ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 21 inci maddesinin 2 inci fıkrasında üç bent halinde sayılan;

- (i) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,
- (ii) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,
- (iii) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerini taşıması gerekir. Bu hallerin bulunmaması durumunda sözleşme sona erdirilir. Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle feshin hükümlerini üç grupta sınıflandırabiliriz:

- (i) Kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatların gelir kaydedilmesi,
- (ii) Kamu İhalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklama,
- (iii) Sözleşmesinin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zararın ayrıca yüklenici tarafından tazmin edilmesi.

Sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışların tespiti durumunda sözleşmenin feshi asıl, devam edilmesi istisnadır. Sözleşmeye devam edilmesi yaptırımların uygulanmasına engel olmaz. Bu yaptırımlar kesin

teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza kesilmesi ve kamu ihalelerine katılmaktan geçici olarak yasaklamadır (KİSK m.21/son).

5. Mücbir Sebeplerle Sözleşmenin Feshinin Hükümleri

Mücbir sebep, sözleşmeden doğan edimlerin ifasını objektif olarak engelleyen, önceden öngörülemez ve engellenemez nitelikteki olaylardır⁶⁴. Mücbir sebep, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, süre uzatımının verilmesi veya süre uzatımında bile ifa mümkün hale gelmeyecekse sözleşmenin sona erdirilmesinin sonuçlarını doğurur.

Mücbir sebep sebebiyle fesihte yüklenici aleyhine hüküm öngörülmemiş, sadece sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesiyle yüklenicinin bu bağlılıktan kurtarılması amaçlanmıştır. Sözleşme, sürekli edimli olması durumunda fesih yoluyla sona erdirilirken, ani edimli olması durumunda, dürüstlük kuralları dikkate alınarak dönmeyle oluşacak menfaat dengesizliğinin giderilmesi gerekir.

6. İş Artışının İmkânsız Olması veya İş Eksilişi Sebebiyle Feshin Hükümleri

İş artışı, sözleşme bedeli ile işin tamamlanmasının mümkün olmaması halidir. İş eksilişi ise, sözleşme bedelinden daha düşük bedelle sözleşmenin ifa edilmesi halidir. İş artışı veya iş eksilişi, idarenin ihale dokümanını hazırlarken yaptığı hatalardan veya mevcut teknik bilgi ve kapasitesi ile öngöremediği durumlardan kaynaklanır. İş artışının olanaksız olması veya iş eksilişi durumunda fesih genel hükümlere göre yapılır (KİSK m. 24). Ancak, iş eksilişinde sözleşme bedelinin fiilen gerçekleşen kısmıyla sözleşme bedelinin % 80'i arasında kalan kısmın % 5'ini yüklenicinin masraflarına ve kâr payına karşılık olarak ayrıca yükleniciye ödenir (KİSK m. 24 f.4).

⁶⁴ Oğuzman/Öz, a.g.e., Cilt 1, a.g.e., s. 474, Eren, a.g.e., s. 557.

İş artışının imkânsız olması veya iş eksilişinde yükleniciye atfedilecek herhangi bir kusur bulunmadığından, kesin teminatın gelir kaydedilmesi veya kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklama söz konusu olmaz.

İş artışının olanaksız olması ve iş eksilişi idareye bir fesih hakkı vermektedir. Bu hakkın kullanılmasında yüklenicinin sözleşmeye duyduğu güvenin korunmasının sağlanması gerekecektir. Meselâ, idarece arazi ve zemin etütlerinin teknik şartlara uygun olarak yapılmaması dolayısıyla daha işin başlangıcında ortaya çıkan ek maliyetin iş artışıyla karşılanmasının mümkün olmaması durumunda idarece kamu ihale sözleşmesinin feshedildiği hallerde, yüklenici gerekli özeni gösterse dahi bu hatayı anlaması mümkün olmadığı durumlarda, idareden fesih nedeniyle meydana gelen zararını isteyebilecektir. Burada müterafık kusur sadece tazminatta indirim sebebi olur, ancak idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz⁶⁵.

III. SONA ERMENİN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Kamu ihale sözleşmelerin feshinde, feshin ileriye etkili olarak, dönmenin ise geriye etkili olarak sözleşmeyi sona erdirir. Fesihte önemli olan, hususun hangi andan itibaren etkisini doğuracağı hususu ile hakkın kullanılmasının kamu ihale sözleşmelerinde meydana getireceği sonuçları bu bölümde irdeleneceğiz. Özellikle yeni dönme teorisinin dürüstlük kurallarıyla bağdaştırılması kamu ihale sözleşmelerinin feshinde taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamaya katkıda bulunur. Tasfiyede ortaya çıkacak tazminatın hesaplanmasında kullanılacak fiyatlar menfaatler dengesini doğrudan etkileyecektir.

⁶⁵ Eren, a.g.e., s. 563.

Feshin sonucunda ortaya çıkan tasfiye ve iade yükümü ile fesihten sonra kullanılacak iki seçimlik hakkın kapsamı, kamu ihale sözleşmesinin feshinin sonuçlarını ortaya koyar.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenen ve idare açısından haklı sebeplerle sözleşmenin feshine imkân tanıyan düzenlemelerde ön görülen sebeplerin gerçekleşmesi yada hükümlerde ön görülen usullere uyulmaksızın kamu ihale sözleşmesinin sona erdirilmesi, idare açısından haksız feshin sonuçlarının doğmasına yol açar. Sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, temel bir hak olarak bir kişinin istemediği bir sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmekten alıkoyarken, fesihten etkilenen karşı tarafın haklarını güvenceye almaktadır⁶⁶. Şu halde idare ile yüklenici arasında akdedilen kamu ihale sözleşmesinden doğan edimlerin yerine getirilmesi taraflardan beklenen bir olgudur. Ancak taraflardan birinin kamu ihale sözleşmesinden doğan edimi yerine getirmemesi sözleşmenin sona erdirilmesi ile mümkündür. Bu durumda haksız olarak sözleşmenin feshine sebep olan taraf, sorumluluk hukukundan doğan sonuçlara katlanmak mecburiyetindedir. Özellikle taraflardan birinin ekonomik ve hukukî olarak kendini avantajlı gördüğü sözleşmelerde, güçlü tarafın, sözleşmenin sona erdirilmesini sağlama yetkisi bulunmaktadır. Bu durumda güçlü tarafın edimlerini yerine getirmemesi, karşı taraf açısından sözleşmenin feshinde haklı sebep teşkil eder. Kamu ihale sözleşmelerinde sözleşme konusu ile ilgili planlamanın doğru yapılmaması ya da politik nedenlerle kamu ihale sözleşmelerinin ifa edilmeden idare tarafından sona erdirildiği sıklıkla görülür. Bu durumda idare tarafından kamu ihale sözleşmesinin haksız feshi, karşı taraf, yani yüklenici açısından Türk Borçlar Kanunu m. 125'te (BK m. 106 vd.) düzenlenen seçimlik hakların kullanılmasına sebep teşkil edecektir.

İdare tarafından, borcun ifa edilmemesinde alacaklının talepleri karşılanarak, kamu ihale sözleşmesinin sona erdirilmesi mümkündür⁶⁷. Farklı bir durumda, idare tarafından haklı sebep olduğuna inanılarak kamu ihale

⁶⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 83.

⁶⁷ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 384.

sözleşmesinin feshedilmesi halinde çıkan uyuşmazlıkta, idarenin sebebinin Kanunda sayılan hallerle örtüşmediğinin tespit edilmesidir. Meselâ, idare tarafından sözleşmenin izinsiz devri gerekçesi ile yükleniciyle arasındaki sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda çıkan uyuşmazlıkta idarenin dayandığı sebebin gerçekleşmediği anlaşılırsa, bu husus yüklenici açısından idarenin haksız feshi olur. Yüklenici, seçimlik haklarını idareye karşı borçlu temerrüdü hükümlerine dayanarak isteyebilir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda öngörülen sebeplerin gerçekleşmemesi durumunda temerrüdün hükümleri tersine, fesheden idare aleyhine işleyecektir. Dolayısıyla feshin sonucunda ortaya çıkan zararın tazmininde bu husus belirleyici bir hal alır. Aynı zamanda kesin teminatın gelir kaydedilmesi ve kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklama yaptırımını doğrudan sebebin haklı olup olmamasına bağlıdır.

1. Sözleşmenin İdare Tarafından Feshi ve Sonuçları

Kamu ihale sözleşmesinin idare tarafından feshedilmesi durumunda 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan sebepler bakımından anılan Kanunda, genel sebeplere göre feshinde ise, Türk Borçlar Kanununda yer alan sebepler ve sonuçlar uygulama alanı bulur.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer verilen sözleşmenin idare tarafından sona erdirilmesine ilişkin sonuçlar, 20, 22 ve 26 ncı maddelerde hükme bağlanmıştır. Burada belirtmek gerekir ki, sona ermenin sonuçları bakımından Türk Borçlar Kanununa yapılan atıflarla yetinilmiştir. Sadece kamu ihalelerine katılmaktan geçici olarak yasaklamaya ilişkin sonuç 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 26 ncı maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.

2. Sözleşmenin Yüklenici Tarafından Feshi ve Sonuçları

Yüklenici tarafından kamu ihale sözleşmesinin sona erdirilmesi 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda özel olarak düzenlenmiş bir husus değildir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanununun tamamlayıcılığı ilkesinden hareketle, yüklenici tarafından kamu ihale sözleşmesinin sona erdirilmesinde Türk Borçlar Kanununun 117 vd. maddelerinde yer alan sonuçlar uygulanır.

B. Tasfiye

Kamu ihale sözleşmelerinde tasfiyenin amacı, sözleşmenin sona ermesi durumunda tarafların sözleşmenin etkisinden kurtulması ve menfaatler dengesinin sözleşmenin yapıldığı zamana geri döndürülmesidir. Tasfiye ile taraflar kamu ihale sözleşmesi nedeniyle birbirinin mal varlığında meydana getirdikleri değişiklikleri dengeleme imkânı ortaya çıkar. Fesih yoluyla kamu ihale sözleşmesinin sona erdirilmesinde böyle bir tasfiye süreci öngörülmemiştir. Bu durumda sözleşme ifa ile bitseydi meydana gelecek durum tarafların sorumluluğunun tespitinde yeterli olur.

Dönme hakkının ani edimli kamu ihale sözleşmelerinde kullanılmasıyla, yeni dönme teorisine göre sözleşme ilişkisi geriye doğru çözülmeye başlar ve ifa edilmiş edimler açısından sözleşmeden doğan yükümlülükler yer değiştirir⁶⁸.

Tasfiye ilişkisi sözleşme ile düzenlenebilir bir ilişkidir. Bu nedenle Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 ve 48 inci maddelerinde tasfiyeye ilişkin ayrıntılı hükümler yer almaktadır⁶⁹. Mal alımlarına ilişkin olarak Tip Sözleşmenin 35 vd. maddelerinde tasfiyeye ilişkin hükümler sözleşme hükmü haline getirilmiştir. Hizmet alımlarında fesih yoluyla ileriye etkili sona erme

⁶⁸ Serozan, **a.g.e.**, s.510 vd.

⁶⁹ YİGŞ m. 47 ve 48'de bu durum düzenlenmiştir.

söz konusu olduğundan tasfiye ilişkisi bu anlamda mal alımları ile yapım işlerine ilişkin kamu ihale sözleşmelerinden farklıdır.

1. Yapım İşlerine İlişkin Kamu İhale Sözleşmelerinde Tasfiye Usulü

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin “Sözleşmenin feshi ve tasfiye durumları” başlıklı 47 nci maddesi ve “Sözleşmenin feshi halinde yüklenicinin mallarının satın alınması” başlıklı 48 inci maddesi tasfiyeye ilişkin hükümler içermektedir.

Yapım işlerine ait kamu ihale sözleşmeleri niteliği itibari ile ani edimli sözleşmelerdir. Dolayısıyla 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan sebeplerden dolayı sözleşmenin sona erdirilmesinde kural olarak dönme teorisi geçerlidir. Anılan Genel Şartname feshedilen kamu ihale sözleşmesinin hesabının TBK hükümlerine göre yapılacağını ön görmüştür. Ancak tasfiye ile ilgili özel düzenlemeler yapılması da ihmal edilmemiştir. Öyleyse tasfiyede Yapım İşleri Genel Şartnamesinde hüküm bulunan hallerde öncelikle Genel Şartname hükümleri uygulanır, Genel Şartnamede hüküm bulunmayan hallerde, meselâ dönme sonucunda kullanılacak seçimlik hakların belirlenmesinde, TBK hükümleri uygulanır.

Tasfiye sürecinin başlamasında fesih tarihi önem taşımaktadır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22 nci maddesinde bazı fesih halleri için fesih tarihi belirlenmiştir. Buna göre, yüklenicinin malî acz içinde bulunması sebebiyle sözleşmenin feshinde, malî acz içinde bulunulduğuna ilişkin yüklenicinin beyanının idareye ulaştığı tarih fesih tarihidir. Yüklenicinin temerrüdü halinde idarece verilen sürenin bitim tarihi, sözleşme sırasındaki yasak fiil ve davranışlar veya sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesihte bu durumun tespit tarihi fesih tarihi olarak belirlenmiştir. Bunun dışındaki fesih hallerinde ise, idarenin fesih kararının yükleniciye ulaştığı tarih fesih tarihi olarak kabul edilir.

Fesih tarihine ilişkin olarak burada yaptığımız açıklamalar mal alımına ve hizmet alımına ilişkin kamu ihale sözleşmeleri için de geçerlidir. Yapım İşleri Genel Şartnamesi tasfiye haline ilişkin olarak öngördüğü hükümler ile dönmenin geriye etkisi sınırlanmış, adeta dönmenin sonuçlarını, feshin sonuçlarına benzetmiştir. Meselâ, anılan Genel Şartnameye göre tasfiye halinde, işin yüklenici tarafından yapılmış kısımları için tasfiye onay tarihi geçici kabul tarihi sayılmak üzere, geçici kabul teminat süresi ve bu süredeki bakım sorumluluğu, kesin kabul ve teminatın geri verilmesine ilişkin durumlarda geçici kabul ve kesin kabule ilişkin hükümler ile hak ediş düzenlenmesine ilişkin hükümler uygulanır. Buna göre tasfiye kararının alınmasına kadar geçecek sürede yapılan işler hakkında geçerli sözleşmenin tüm hükümleri uygulanır. Dolayısıyla dönmede iade yükümü, sözleşme ile sınırlanmış bulunmakta, dönmenin etkisi bakımından ise ileriye etkili olması kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak pratik kaygılarla uygulama kabiliyeti dikkate alınarak yapılan bu düzenleme yukarıda açıklanan feshin hükümleriyle birlikte değerlendirilmelidir. Tasfiye halinde yüklenici “Durum Tespit Tutanağı”nın düzenlenmesine kadar yapılan işlerin geçerli bir sözleşmeden doğan borç olarak edimlerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Tasfiye onayından sonra yapılan ve fesih tarihi itibarıyla sözleşmenin ifa durumunu tespit eden durum tespit tutanağı, dönmenin etkisinin başladığı sözleşme seviyesini ve tarihini gösterir⁷⁰.

2. Mal Alımı Sözleşmelerinde Tasfiye Usulü

Mal alımına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde tasfiye süreci ani edimli olan yapım sözleşmeleriyle benzer nitelikler taşır. Bu tür sözleşmelerde tasfiye ilişkisi ve tasfiye hükümlerine Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşmenin 37 nci maddesinde yer verilmiştir.

⁷⁰ Kemer, a.g.e., s. 75.

İdare tarafından fesih hakkının kullanılmasıyla yüklenici teslim işlemlerini durdurur. Eğer imalat süreci gerektiren bir mal alımı söz konusuysa ve imalat idareye ait iş yerinde gerçekleşiyorsa yüklenici fesihle birlikte iş yerini terk eder. Fesih tarihi itibarıyla idare yüklenici tarafından yapılan veya teslim edilen mal miktarlarını, hata ve eksiklerin giderilme masrafları ile sözleşmede belirlenen fiyatlara göre ödenmesi gereken bedeli tespit eder. Mal alımlarına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinin dönme yoluyla sona erdirilmesinde dürüstlük kurallarının dönmeye etkisi mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Fesih sebepleriyle birlikte dönmenin geriye etkisi sözleşmeyle kaldırılabileceği gibi, işlemin yüklenicinin kusuru sebebiyle ileriye etkili sona erdirilmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa artık geriye etkili olarak sona erdirme sözkonusu olur.

3. Hizmet Alım Sözleşmelerinde Tasfiye Usulü

Sürekli edim yükümü içeren hizmet alımlarında sözleşmenin feshedilmesi tarihine kadar yapılan işler sözleşmeye dayalı yapılmış sayılır. Feshin etkisi teknik olarak ileriye doğrudur, yani sözleşme, gereği gibi ifa edilmesi durumu esas alınarak tasfiye sonucu belirlenir.

Hizmet alımına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde de fesih durumunda tasfiyenin genel hükümlerine göre yapılması öngörülmüştür. Hizmet İşleri Genel Şartnamesinde yer alan (m. 54 vd.) tasfiyeye ilişkin kurallar dışında TBK'nın sözleşme tipine uygun kuralları uygulanır. Hizmet alımına ilişkin kamu ihale sözleşmesinin tasfiyesinde, tasfiye onayından sonra (idarenin iç işlemi) Durum Tespit Tutanağı düzenlenir⁷¹. Durum Tespit Tutanağında fesih tarihine kadar yapılan işler ile buna ilişkin eksiklikler ve teminat durumları yer alır. Durum Tespit Tutanağı, sözleşmenin hangi şartlarla bittiğini gösteren ve tasfiye hesaplamasına esas alınan bir belgedir. Bu sebeple yüklenicinin tasfiye miktarı ile eksikliklere ilişkin itirazlarını bu tutanakta dile getirmesi

⁷¹ Kemer, a.g.e., s. 75.

gerekir. Tasfiye protokolü ve tasfiye kesin hesabı bu tutanak esas alınarak hazırlanır. İdarenin sözleşme devam ederken yaptığı hakediş ödemeleri yüklenici açısından kazanılmış bir hak değil, yükleniciye yapılan işin bedelinin ödenmesine ilişkin nihai belgedir. Yoksa idare hakediş ödemeleriyle (ara hak ediş) ödediği bedeli her zaman değiştirebilir.

C. Tasfiyeye Uygulanacak Hükümlerin Dayanağı

Tasfiyenin kural olarak, alınan şeylerin aynen iade edilmesi yoluyla gerçekleşmesi gerekeceğinden, bu her zaman mümkün olmayabilir. Özellikle Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku kuralları aynen iadeyi her zaman mümkün kılmaz. Meselâ, yapım işine ait bir kamu ihale sözleşmesinin dönme yoluyla sona erdirilmesinde idare ödemiş olduğu hakediş bedellerini ve verdiyse malzemeleri talep ederken, yüklenici de malzeme bedeli, işçilik ve kendi mesaisini talep edebilecektir. Bu durumda tasfiyenin hangi hükümlere göre yapılacağı aynı zaman da tasfiyenin kapsamını da belirler.

1. Tasfiyenin Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Dayanması

Kamu ihale sözleşmelerinin ifası sırasında tarafların yerine getirdiği edimler tasfiye anına kadar tarafların mal varlığında artışa neden olurlar. Klasik dönme teorisinin kabul edildiği halde, dönme hakkını kullanılmasıyla sözleşme baştan itibaren geçersiz olacağı, bu sebeple de yerine getirilmiş edimlerin sebebinin ortadan kalkacağı ileri sürülmektedir. Dolayısıyla sebebi ortadan kalkan kazanımların iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşir. Dönme anına kadar kazanım elde edenin iyi niyetli olduğu kabul edilir ve iade borcunun kapsamı TBK m. 79/1'e (BK m. 63/1) göre belirlenir.

Buna göre iade borçlusunu, sadece iade borcunun doğduğu anda elinde kalanı vermekle yükümlüdür⁷².

2. Tasfiyenin Sözleşmeden Doğan Bir Borcun İfası Olarak Değerlendirilmesi

Çalışmamızda kabul ettiğimiz yeni dönme görüşü tasfiyenin sözleşme ilişkisinden doğan bir borcun ifasına dayandırılmasını kabul eder. Bu görüşe göre⁷³, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, idareyle yüklenici arasındaki edim yükümü yer değiştirir. Böylece tarafların birbirinden aldıklarını iade yükümü yine sözleşmeye dayanır. Tasfiyenin kapsamını belirleyen iade yükümü de, TBK m.112'ye göre (BK m. 96), alıcının iade yükümü, edim alındığı şekli ile iade edilmelidir. Dolayısıyla iade yükümünde de zamanaşımı 10 yıl olarak uygulanır.

3. Tasfiyenin Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Hükümlerine Dayandırılması

Doktrinde Gautschi'nin ileri sürdüğü bu görüşe göre⁷⁴, dönme hakkının kullanılmasıyla ifa edilen edimler, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre iade edilir. Çünkü burada sözleşmenin ortadan kalkmasıyla yüklenicinin yapmış olduğu işler vekaletsiz iş görme niteliğinde olur. Bundan dolayı tasfiyenin kapsamının ve iade yükümünün içeriğinin TBK m. 530'a (BK m. 414) göre belirlenmesi gerekir.

⁷² Serozan, **a.g.e.**, s.510.

⁷³ Bilge **a.g.e.**, s.182.

⁷⁴ Bilge, **a.g.e.**, s.183.

4. Tasfiyenin Satım Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Kıyasen Uygulanmasına Dayandırılması

Satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasını ileri süren görüşe göre⁷⁵, sözleşmeden dönmenin mümkün olduğu, ani edimli tüm sözleşme tiplerinin tasfiyesinde TBK m. 217, 218 ve 229'un (BK m. 192,193 ve 205) kıyasen uygulanması gerekir. Bu hükümlere, ait oldukları sözleşme tiplerinden soyutlanarak, genel nitelik kazandırılması ve synallagmatik tüm sözleşmelerde uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür.

5. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Şahsî Kanaatimiz

Doktrinde ileri sürülen görüşler tasfiyenin kapsamına ve iade yükümünün içeriğine ilişkin farklı yaklaşımlar getirmiş ve zenginlik katmıştır. Öte yandan, bu görüşler yargı kararlarında, taraflar arasındaki menfaatler dengesinin sağlanması, özünde hakkaniyet ilkesinin gerçekleştirilmesine yardımcı olmaktadır. Bununla birlikte, tasfiyenin sebepsiz zenginleşmeye dayanması görüşü, hem dönme teorisindeki gelişmeler, hem de edimler ifa edilmeye başlandığında geçerli hukukî sebebin bulunması karşısında, iade yükümünü geri dönme teorisine göre daha olumsuz halde bırakırlar. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ve satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin dönme teorisinin uygulandığı sözleşmelere uygulanması ise, kazanım alacaklısına yeni dönme teorisinin ileri sürdüğü alacak hakkına dayanan iadede daha elverişli imkân sağlamaz. Bununla birlikte doktrinde Öz⁷⁶, tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Genel kabulde doktrinde bu yöndedir. Gerekçe olarak ta sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin iade yükümünde taşıdığı açıklık gösterilmektedir.

Kanatımızca, tasfiyeye uygulanacak kuralların kolay uygulanabilir olması elbette uygulayıcılar açısından önemlidir. Ancak, dönme hakkının

⁷⁵ Bilge, a.g.e., s.183.

⁷⁶ Öz, a.g.e., s. 228.

kullanılması durumunda taraflar arasındaki menfaat dengesinin hakkaniyete uygun bir şekilde yeniden kurulabilmesi için, yeni dönme teorisinin kazanım alacaklısına daha elverişli imkânlar sağlaması nedeniyle bu görüşün daha isabetli olduğu düşüncesindeyiz.

D. İade

İade tasfiyede, kazanım elde etmiş borçlunun mal varlığına giren şeyin karşı tarafa verilmesini ifade eder. Tasfiyede iade iki şekilde olur: Aynen iade veya bedelin iadesi.

1. Aynen İade

Aynen iadede, iade borçlusu mal varlığına, sözleşme ilişkisi nedeni ile giren şeyi fiilen karşı tarafa teslim etmek zorundadır. Aynen iade ile bedel iadesi bir arada bulunabilir. Bu durumda iadenin kapsamının belirlenmesinde iade borçlusunun, iade sebebinin gerçekleştiği andaki mal varlığı durumu ile kazanımın yapılmaması halindeki mal varlığı arasındaki gerçek olmayan durum arasında meydana gelen fark dikkate alınır. İade borcu, iade alacaklısının mal varlığında meydana gelen azalmadan fazla olamaz. İadeye neden olan sebep gerçekleşmeseydi mal varlığının alacağı durumdan daha elverişli bir durum iade alacaklısı için sağlanmamalıdır.

Aynen iade mal alımlarına ilişkin kamu ihale sözleşmesinin feshinde uygulama alanı bulabilirken, yapım işlerine ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde imalatı gerçekleştirilen malzemeler ve ayrılmaz parça (mütemmim cüz) haline gelen şeyler için aynen iade söz konusu olamaz⁷⁷.

⁷⁷ Bilge, a.g.e., s.184., Öz, a.g.e., s. 249.

2. Bedelin İadesi

Aynen iadenin fiilen veya hukuken mümkün olmadığı durumlarda bedelin iadesi söz konusu olur. Mal varlığına katılan şeyin fiilen iadesi mümkün olmadığı durumlarda, kazanımın gerçekleştiği andaki değerinin karşı tarafa verilmesi gerekir⁷⁸. Kamu ihale sözleşmelerinde bu durum fiyat farkı verilen işlerde, sözleşmenin yapıldığı andaki fiyatlar değil, imalatın yapılıp veya kısmi teslimin yapıldığı andaki bedelin iadesini gerektirir.

Burada şunu da ifade etmek gerekir ki taraflardan biri tarafından ifa edilmesine rağmen karşı tarafın mal varlığında artışa neden olmayan şeylerin iadesi gerekmez⁷⁹. Yapım işlerine ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde eser idareye ait bir gayrimenkul üzerinde yapıldığı için kullanılan malzemeler bütünüyle parça olduğundan iadesi söz konusu olmaz. Bu durumda yapılan imalâtın ifa anındaki fiyatı dikkate alınarak bedelin iadesine konu olurlar. Eğer kamu ihale sözleşmesine konu olan şeyin yerine kaim bir değer geçmişse bu değer iadeye konu olur.

IV. FESHİN SONUCU OLARAK ZARAR

A. Genel Olarak

Kamu ihale sözleşmelerinin sona ermesinde, klasik anlayışa göre sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade gerçekleşirken, dönme durumunda ancak menfi zararın istenilmesine olanak tanınmıştır. Ancak dönme teorisindeki gelişmeler ve özellikle bizim de katıldığımız yeni dönme teorisine göre, iadenin sözleşmeden doğan bir borcun tabi olduğu hukuka göre yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Öte yandan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, kamu ihale sözleşmesinin sona ermesinde sebebe bağlı olarak *“idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin*

⁷⁸ Öz, a.g.e., s. 251.

⁷⁹ Bilge, a.g.e., s.185.

ettirilir.” hükmü ile menfi zarardan daha fazlasının idare tarafından talep edileceğini hükme bağlamıştır. Diğer taraftan sözleşmeden dönmeyle birlikte menfi zararın istenebileceğine ilişkin hükümlerin emredici olmaması nedeniyle tarafların dönme halinde de müspet zararı isteyebileceğine ilişkin anlaşma yapmaları mümkündür. Buna uygun olarak Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 47 nci maddesinin 8 inci fıkrasında, yüklenicinin temerrüdü, sözleşmeden önce veya sözleşme sırasındaki yasak fiil ve davranışlar ile yüklenicinin malî aczi nedeniyle kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesinde sadece menfi zararın değil idarenin uğradığı zararların yükleniciden talep edilebileceği belirtilmiştir. Aynı düzenleme Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşmenin 36.3 maddesi ile Hizmet Alımları Genel Şartnamesinin m. 52 vd. hükümlerinde, benzer düzenlemelere yer verilmiştir. Dolayısıyla yüklenicinin temerrüdü nedeniyle kamu ihale sözleşmesinin dönme nedeniyle sona erdirilmesinde idare menfi zararı aşan zararlarını da yükleniciden talep edebilir.

Dönmenin etkisinin sınırlandırılması konusunda verilen yargı kararları dürüstlük kurallarının her dönme işleminde dikkate alınması gerektiği yönündedir. Bunun temel kaynağını YİBK'nun 25.01.1984 tarihli ve E.1983/3 ve E.1984/1 sayılı kararı oluşturur. Buna göre, eser sözleşmelerinde yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi halinde, olayın niteliğinin haklı gösterildiği durumlarda sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yargıtay 15 inci Hukuk Dairesi, işin niteliğinin feshin ileriye etkili olarak uygulanmasında ölçüt olarak inşaatın seviyesini dikkate almaktadır. Bu ölçüte göre eğer inşaat % 70-80 seviyesinde tamamlanmış ise sözleşmenin ancak ileriye etkili olarak sona erdirilebileceği kabul edilmektedir⁸⁰.

Uygulamada, Yargıtay dönme nedeniyle sözleşmenin geriye etkili olarak feshedilmesinde sebepsiz zenginleşme hükümlerini uygulamaktadır.

⁸⁰ Yargıtay 15. HD. 7.5.2001 E.548, K:2453, Yargıtay 15. HD 4.7.1988, E:886, K:2520, Yargıtay 15.HD. 28.1.1982, E:3311 K:247, Yargıtay 15. HD, 20.05.1996. E:2533, K: 2773 (Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.708).

Bu durumun kabulünde klasik dönme teorisinin etkisiyle sebepsiz zenginleşmeye dair hükümlerin iade de daha açık hükümler içermesi etkili olmuştur⁸¹.

B. Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshinde Zarar Kavramı

Zarar bir kişinin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder⁸². Kamu ihale sözleşmesinin feshinde zarar ise, yüklenicinin edim yükümüne aykırı davranışları nedeni ile idarenin malvarlığından meydana gelen azalma şeklinde tanımlamak mümkündür. Fesih sebebi ne olursa olsun özünde yüklenicinin borca aykırı davranışı yatmaktadır. Borca aykırı davranış edimin sözleşme hükümlerine göre yerine getirilmemesi şeklinde olabileceği gibi, yan edim yükümleri veya koruma yükümlerinin ihlali şeklinde de ortaya çıkabilir⁸³. Sözleşme ilişkisine aykırı davranıştan dolayı ortaya çıkan zararın anlatılmasında müspet zarar ve menfi zarar kavramları kullanılır. Bu ayırım ayrı zamanda synallagmatik sözleşmelerde alacaklının kullanabileceği seçimlik hakları kapsamını da belirler.

1. Müspet Zarar

Müspet zarar borçlu borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etse idi alacaklının katlanmak zorunda kalmayacağı zarar olarak tanımlanabilir⁸⁴. Müspet zararda alacaklının ifayı reddederek bu zararı talep edebilmesi için, kendi yükümlerini yerine getirmesi gerekir⁸⁵. Meselâ, yüklenicinin idareyi temerrüde düşürmesi durumunda, idarece, borç sözleşme şartlarına uygun olarak ifa edilseydi elde edeceği fırsatlar ya da katlanamayacağı masraflar

⁸¹ Yargıtay 15.HD. 10.3.2004 E:2003:4328, K:2004:1320, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.708.

⁸² Eren, **a.g.e.**, s.520, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 2, s. 38.

⁸³ Eren, **a.g.e.**, s.1035 vd.

⁸⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 544.

⁸⁵ Eren, **a.g.e.**, s.1056.

müspet zarar kapsamında değerlendirilir. Müspet zararın belirlenmesinde esas alınan unsur alacaklının mevcut mal varlığı ile sözleşme gereği gibi ifa edilse idi alacağı durum arasındaki farktır⁸⁶. Bunun en önemli uygulaması, idarenin yüklenicinin temerrüdü nedeni ile temin edemediği bir malı başka bir yükleniciden daha yüksek bir fiyata satın almasında görünür. Bu durumda temerrüde düşen yüklenicinin sözleşme fiyatlarıyla yeni yüklenicinin verdiği fiyat arasındaki fark müspet zararı oluşturur. Yüklenicinin temerrüdü durumunda idarenin müspet zararı talep etme hakkı, kamu ihale sözleşmesi ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22 nci maddesine dayanmaktadır.

2. Menfi Zarar

Menfi zarar, sözleşmenin hüküm ifa etmemesinden doğan zarar olup sözleşme yapılmıyaydı alacaklının uğramayacağı zararlardan oluşur⁸⁷. Burada borçlunun edim yükümüne aykırı davranması sonucu alacaklının sözleşmeden dönmesi sonucunda, sözleşme yapılmıyaydı idi doğmayacak zararlar söz konusudur. Alacaklı sözleşmeden dönme hakkını kullandığı takdirde artık sözleşmenin ifa edilmesinden doğan zararını talep edemez. Kamu ihale sözleşmelerinin feshinde de aksi sözleşme veya kanun tarafından öngörülmedikçe kural olarak menfi zarar istenebilir. Bununla birlikte 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 22 nci maddesinin son cümlesinde getirilen düzenleme ile yüklenicinin temerrüdü veya malî acz içerisinde bulunması nedeni ile ya da sözleşme sırasında veya sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeni ile sözleşmenin feshinde menfi zararı aşan zararların talep edilmesi hükme bağlamıştır. Menfi zarar kapsamına giren zararları beş başlık altında gruplandırmak mümkündür;

⁸⁶ Eren, **a.g.e.**, s.1014, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 451.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008., Eren, **a.g.e.**, s.1014, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, Cilt 1, s. 451.

- (i) Sözleşmenin yapılması için yapılan masraflar⁸⁸, Damga Vergisi Kanunundan doğan masraflar, noter masrafları, kırtasiye masrafları ile posta giderleri, yüklenici tarafından dönme yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinde teklif ve teminat için yapılan masraflar.
- (ii) Sözleşmenin ifası için yapılan hazırlık çalışmalarının masrafları⁸⁹.
- (iii) Sözleşmenin geçersiz hale gelmesiyle başka bir sözleşmenin yerine getirilememesi dolayısıyla meydana gelen zarar. Meselâ, yüklenicinin alt yükleniciyle yaptığı sözleşmeden dolayı uğradığı zarar.
- (iv) Dava masrafları.
- (v) Kaçırılan fırsatlar nedeniyle doğan zarar. Meselâ, kamu ihale sözleşmesinin idare tarafından feshi halinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi ile fesihden sonra yapılan sözleşme arasındaki fark kaçırılan fırsat nedeniyle doğan zarardır⁹⁰.

3. Tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı

Zamanaşımı kavramı karşılıklı edim yükümü içeren sözleşmelerde her alacak ve borca ilişkin olarak ayrı ayrı düşünülmelidir. Kural olarak zamanaşımı, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu nedenle kamu ihale sözleşmelerinden doğan alacaklarda zamanaşımı süresini ve ne zaman başladığını belirlemek için, sözleşmeden doğan alacakları, kamu ihale sözleşmesinin konusuna göre belirlenmesi gerekir.

Türk Borçlar Kanununun (BK. m. 125) 146 ncı maddesine göre Kanunda aksi öngörülmedikçe her alacak 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Aynı Kanunun 147 nci maddesinde (BK. m. 126) 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi alacaklar sayılmıştır.

⁸⁸ Ergüne, **a.g.e.**, s. 289.

⁸⁹ Ergüne, **a.g.e.**, s. 291.

⁹⁰ Yargıtay 15. HD, 10.04.2002, E: 2001/5701, ve K: 2002/1742, www.kazanci.com, ET. 08.07.2011.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda, kamu ihale sözleşmelerinden doğan alacaklarda zamanaşımını belirleyen bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle kamu ihale sözleşmelerinden doğan tazminat taleplerinde sözleşme tiplerine uygun olarak Türk Borçlar Kanununun yukarıda yer verilen hükümlerine göre tazminat taleplerinin ileri sürülmesi gerekir. Buna göre, sözleşme mal alımı sözleşmesi ise, yüklenicinin edimi teknik şartnamede belirlenen malı teslim süresi içerisinde idareye teslim borcunu yüklenirken, idare sözleşme bedelini kamu ihale sözleşmesinde belirlenen sürede yükleniciye ödemek zorundadır.

Kamu ihale sözleşmesinin yükleniciden kaynaklanan nedenlerle sona erdirilmesi durumunda tazminat talebi, sona erdirme beyanının karşı tarafın hakimiyet alanına girmesinden itibaren 10 yıl içerisinde ileri sürülmesi gerekir. Kamu sözleşmesinin idareden kaynaklanan nedenlerle, meselâ, idarenin hakediş bedellerini ödemedeki temerrüdü nedeniyle sona erdirilmesi halinde, alacağın muaccel hale gelmesinden itibaren 10 yıl içerisinde tazminat talebinin ileri sürülmesi gerekir. Bununla birlikte alacak istisna sözleşmesi niteliğindeki bir mal alım sözleşmesi, hizmet alımı sözleşmesi ya da bir yapım işi sözleşmesi söz konusu ise, bu durumda tazminat talebinin Türk Borçlar Kanununun 147 nci maddesinin birinci fıkrasının 6 ncı bendi gereğince 5 yıl içerisinde ileri sürülmesi gerekir. Meğer ki, yüklenici yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemiş olsun.

V. KESİN TEMİNATIN GELİR KAYDEDİLMESİ

A. Genel Olarak

Kesin teminat ve ek kesin teminatlara ilişkin hükümler 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 12 vd. maddeleri ve 35 inci maddesinin göndermesiyle, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 34 ve 35 inci maddelerinde

yer almaktadır⁹¹. Kesin teminat ve ek kesin teminatların yüklendiği fonksiyonu Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip kesin teminat mektubunda yer alan “*yüklenici taahhüdünü anılan Kanunlar ile ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine göre kısmen veya tamamen yerine getirmediği takdirde,*” teminatın gelir kaydedileceği ibaresinden hareketle, yüklenicinin edimini yerine getirmesini garanti altına almayı amaçladığını görmekteyiz. Bu anlamda kesin teminat ve ek kesin teminatların gelir kaydedilmesi veya fesih sebebine bağlı olarak iade edilmesi kamu ihale sözleşmesinin feshinin sonuçlarındandır⁹².

Kesin teminat yüklenicinin kamu ihale sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini garanti altına alırken, ek kesin teminat fiyat farkları ile iş artışındaki yükümlülükleri garanti altına alır⁹³. Anılan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 35 inci maddesi kesin teminat olarak alınacak değerlerin belirlenmesi ve banka teminat mektuplarının kapsamı ve içeriği konusunda 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa atıfta bulunmuştur. Kesin teminat ve ek kesin teminatlar ancak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve sözleşmelerde öngörülen hallerde gelir kaydedilebilir. Bunun dışında başka bir amaçla gelir kaydedilmesi mümkün olmaz. Öte yandan idareye verilen teminatlar, üçüncü kişilerin yükleniciden olan alacakları için haczedilemez veya üzerine ihtiyatî tedbir konulamaz.

B. Kesin Teminat Olarak Kabul Edilecek Değerler

Kesin teminat olarak verilebilecek değerler, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 34 üncü maddesinde sayılmak suretiyle sınırlandırılmıştır⁹⁴. Buna göre;

⁹¹ Melih Serhat Şahiner, **Kamu İhale Mevzuatında Teminat Kavramı**, Kamu İhale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2006, s. 9.

⁹² Bilir, **a.g.e.**, s. 212.

⁹³ Kemer, **a.g.e.**, s. 94.

⁹⁴ Şahiner, **a.g.e.**, s.10.

- (i) Tedavüldeki Türk Parası,
- (ii) Bankalar tarafından verilen banka teminat mektupları,
- (iii) Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri veya bu senetler yerine düzenlenen belgeler.

Türkiye’de faaliyette bulunan yabancı bankaların düzenlediği teminat mektupları ile yabancı banka veya yabancı kredi kuruluşlarının kontrgarantisi üzerine yerli bankaların verdiği banka teminat mektupları da kesin teminat olarak verilebilir. Devlet İç Borçlanma Senetlerinin kesin teminat olarak verilmesinde, nominal değere faiz dahil edilerek ihraç edilenler, ana paraya tekabül eden satış değeri üzerinden teminat olarak kabul edilir. Banka teminat mektupları ilk başta kefalet sözleşmesi olarak kabul edilirken Yargıtay’ın 1967⁹⁵ ve 1969⁹⁶ yılında vermiş olduğu iki kararla garanti sözleşmesi olarak kabul edilmiştir.

C. Sözleşmenin Feshinde Kesin Teminatın Gelir Kaydedileceği Haller

Kesin teminatın gelir kaydedileceği sözleşmenin feshi halleri 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 16, 17/b, 17/c, 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinde yer alan hallerdir. Bununla birlikte yüklenici aleyhine sonuçları en ağır fesih halleri olan 19, 20 ve 21 inci maddeye göre fesihte, kesin teminatın gelir kaydedilmesinde bir farklılık bulunmaktadır. Bu sebepler nedeniyle sözleşmenin feshinde yüklenici tarafından idareye verilen kesin teminatlar verildiği tarihten itibaren gelir kaydedildiği tarihe kadar DİE tarafından (şimdiki adı TÜİK) yayımlanan TEFE endeksine göre güncellenerek gelir kaydedilir.

⁹⁵ YİBGK. 13.12.1967 tarihli, E:1966/16, K:1967/7, www.kazanci.com, ET. 08.07.2011.

⁹⁶ YİBGK. 11.06.1969 tarihli, E:1969/4, K:1969/6, www.kazanci.com, ET. 08.07.2011.

VI. FESHİN SONUCU OLAN İDARÎ YAPTIRIM OLARAK İHALEYE KATILMA YASAĞI

A. Genel Olarak

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama, kamu ihale sözleşmesiyle amaçlanan kamu hizmetinin gerçekleştirilmesinin sağlanması, yasak fiil ve davranışlar nedeniyle sözleşme sürecinin ve edimlerin ifasının imkânsız kılınmasının önlenmesini amaçlayan idarî bir cezadır⁹⁷. Yasaklama idarî bir karardır ve sözleşme ilişkisinden ayrılabilir ve idarî yargıda dava konusu edilebilir⁹⁸. Burada ihale sürecindeki yasak fiil ve davranışlardan ziyade feshin sonucu olarak yasaklama konusu irdelenecektir.

B. Yasaklamaya Sebep Olan Fesih Halleri

Kamu ihale sözleşmesinin tüm fesih hallerinde yasaklama söz konusu olmaz. Bununla birlikte feshin sonucu olarak yasaklama, yasak fiil ve davranışlardan daha geniş kapsamlıdır. Yasaklamaya neden olan fesih sebepleri beş grupta sıralanabilir⁹⁹:

- (i) Sözleşmenin izinsiz devri nedeniyle sözleşmenin feshinde yasaklama,
- (ii) Yüklenicinin malî aczi nedeniyle sözleşmenin feshinde yasaklama,
- (iii) Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshinde yasaklama,
- (iv) Sözleşme sırasındaki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle sözleşmesinin feshinde yasaklama,
- (v) Sözleşmeden önceki yasak fiil ve davranışlar nedeniyle sözleşmenin feshinde yasaklama.

⁹⁷ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 809.

⁹⁸ Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 515.

⁹⁹ Bilir, **a.g.e.**, s. 216.

Kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklama, yüklenicinin istekli sıfatıyla doğrudan ya da dolaylı olarak, yasaklama süresi içinde ihale tarihi bulunan ihalelere katılmasının engellenmesini ağlayan idarî bir yaptırımdır.

4735 sayılı Kamu ihale sözleşmeleri Kanununda düzenlenen yasak fiil ve davranışlar, sözleşmenin yürütülmesinde yüklenicinin borca aykırı davranışlarını engellemeyi amaçlayan yasaklardır. Bu yasak fiil ve davranışlar aşağıda belirtilmiştir¹⁰⁰:

- (i) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- (ii) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya buzlara teşebbüs etmek.
- (iii) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.
- (iv) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.
- (v) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin açıklanması.
- (vi) Mücbir sebepler dışında ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.
- (vii) Sözleşmenin izinsiz devredilmesi veya devralınması.

C. Yasaklama Usulü

Kamu ihale sözleşmesinin feshinden itibaren, yasaklamayı gerektiren fesih hallerinde, 45 gün içinde, istisna kapsamında yapılan ihaleler dâhil, tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan bir yıldan az olmamak

¹⁰⁰ Ömer Tuğrul Zor, **Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi**, Kamu İhale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2006, s.76.

üzere iki yıla kadar yasaklanırlar. Yasaklama süresinin belirlenmesinde yasaklamaya neden olan fiilin özellikleri ölçülülük ilkesi çerçevesinde dikkate alınır¹⁰¹. Yasaklama kararı, sözleşmeyi uygulayan idarenin bağlı yada ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir

Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararları sadece yasak fiil ve davranışlarda bulunan yükleniciler değil, aynı zamanda, yasaklanan şahıs şirketi ise tüm ortaklar hakkında, sermaye şirketi ise sermayenin yarısından fazla hisseye sahip ortaklar açısından da hüküm ve sonuç doğururlar¹⁰². Diğer taraftan yasaklanan kişinin yarısından fazla sermayesine ortak olduğu sermaye şirketleri hakkında, şahıs şirketi ise bu şahıs şirketi hakkında da yasaklama kararı verilir.

Yasaklama kararının verilmesi için öngörülen süre olan 45 günlük sürede yasaklanacak yükleniciler bu idarenin yapmış olduğu başka ihalelere katılamazlar. Yasaklama kararları Kamu ihale Kurumu tarafından tutulan sicilde izlenirler. Yürürlüğe girmesi ise yasaklama kararının Resmî Gazetede yayınlanmasıyla başlar.

¹⁰¹ Ömer İdil Atasoy, “**Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu**”, www.anayasa.gov.tr. E.T. 21.06.2012.

¹⁰² Zor, **a.g.e.**, s. 64 vd.

SONUÇ

Kamu ihaleleri, kamu kaynağının kullanılması ve gelirin yeniden dağıtılması gibi sosyo ekonomik öneminin yanı sıra kamu ihale sözleşmelerinin tabii olduğu hukuk açısından da ayrı bir önem taşırlar.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Avrupa Birliği müktesebatına uyum amacıyla kabul edilmiştir. Bununla birlikte Kanunun'un 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve önceki uygulamalardan tamamen ayrıldığını söylemek zordur. Gerçekten de, anılan Kanunun yazımında ve kurumlarının oluşturulmasında sıklıkla 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan yararlanılmıştır. Bunun sebebinde ise ihalenin özü itibarıyla "yarışma" olmasıdır. Bu yarışmanın gerçekleştirilmesinde uygulanacak kuralların gerek millî gerekse milletlerarası mevzuatta birbirine yakın olması kaçınılmazdır. Genel olarak bu mevzuatla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu arasında ortaya çıkan fark kapsam ve istisnalarda gizlidir.

İdare, istekli ve konu bakımından yapılan tanımlamalar hem kamu ihale sözleşmesi açısından hem de ihale süreci açısından belirleyici ve sınırlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Kamu ihale sözleşmesinin taraflarının taşıması gereken nitelikler zamanla değişime uğramıştır. Bu değişim hem idare bazında hem de istekli bazında kendini göstermektedir.

İhale süreci idarece ihale onay belgesinin düzenlenmesinden sözleşmenin imzalanması veya ihalenin iptal edilmesiyle sonlanan, sözleşme şartlarının ve tarafının belirlendiği ve "culpa in contrahendo" sorumluluğunun söz konusu olduğu hazırlık işlemleridir. Kamu ihale sözleşmesinin imzalanması, sözleşmenin sona erdirilmesinde mihenk alınacak bir nokta oluşturmaktadır.

Kamu ihale sözleşmeleri, ihale süreci sonunda sözleşmenin imzalanmasıyla kurulan, fesih ya da ifa ile sona eren sözleşme ilişkilerini kapsar. 4735 sayılı Kamu ihale Sözleşmeleri Kanunu, bu sözleşmelere

uygulanacak birincil hukuk normlarını barındırır. Anılan Kanunda hüküm bulunmayan hallerde ise Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur.

Kamu ihale sözleşmesinin feshine ilişkin özel sebepler 4735 sayılı Kamu ihale sözleşmeleri Kanununda düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Borçlar Kanununda yer alan borcu sona erdiren sebepler kamu ihale sözleşmelerinde de uygulama alanı bulur.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun düzenlenmesindeki özensizlik kavram ve kurumların karışmasına ve farklı yorumlara yol açacak niteliktedir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılmayan alımlara ilişkin sözleşmelerin Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olması bu alanda ayrı bir Kanuna gerek olup olmadığı tartışmalarını da gündeme getirmektedir.

Kamu ihale sözleşmelerinin Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları ile özel hukuk alanına ait olduğu belirlenmiştir. Bu sözleşmelerin sona erdirilmesinde olağan sona erme yolları yanında, ifadan önce sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin haller bulunmaktadır. Bu olağanüstü sona erme sebeplerinin bir kısmı 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenmiş bu Kanunda yer verilmeyen hususlarla ilgili olarak ise Borçlar Kanununa atıf yapılmıştır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu sadece olağanüstü sona erme sebeplerini düzenlemiş, feshin sonuçları ve hükümleri ile tasfiyeye ilişkin haklar bakımından yeterli düzenlemeler ihtiva etmemektedir.

Kamu ihale sözleşmesinin sona ermesinde, sözleşmenin ileriye etkili veya geriye etkili olarak sona erdirilmesi, sözleşme tipini belirleyen edim yükümüne bağlı olarak belirlenmektedir. Ani edim yükümü ihtiva eden sözleşme tiplerinde sözleşmenin sona erdirilmesinde dönme söz konusu iken, sürekli edim yükümü içeren kamu ihale sözleşmelerinde fesih söz konusudur. Temizlik, güvenlik hizmet alımı gibi sürekli edim yükümü içeren kamu ihale sözleşmelerinin olağanüstü sona erdirilmesinde, sözleşme ilişkisinin tasfiyesinde, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirileceği

konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Bununla birlikte kamu ihale sözleşmelerinin çoğunluğunu oluşturan ve anî edimli sözleşmelerde dönme yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinde tartışmalar bulunmaktadır. Tartışma, dönme hakkının kullanılmasından sonra oluşacak tasfiye ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Dönme teorisinin türleri ve yargı kararları meselenin daha da karmaşık hale gelmesine yol açmıştır. Sırf tasfiyedeki imkânsızlık ve tazminat hukukunun, hakkaniyet ilkesini sağlamada yetersiz kalması, farklı hukukî kurumların dönme sonucundaki tasfiye ilişkisine sirayet ettirilerek sorunun çözümlenmesine çalışılmıştır. Özellikle yargı kararları sonucunda ortaya çıkan çözümler varsayımlardan hareketle hakkaniyet ilkesinin gerçekleştirilmesine yöneliktir. Halbuki, bizimde benimsediğimiz yeni dönme teorisinin, objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde ani edimli sözleşmelerin dönme sonucuna uygulanması hukukî kurumların yerindeliği ve hakkaniyet açısından daha uygun sonuçlar ortaya çıkarır.

Kamu ihale sözleşmelerinden ayrılabilir nitelikteki idarî işlemler, idarî yargıda dava edilirken, bu idarî işlemlerin sözleşmenin feshinin sonucunda ortaya çıkması aynı zamanda iki yargı yerinden farklı kararların verilmesine sebep olabilecek niteliktedir. Şöyle ki, sözleşmenin feshi sonucunda kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklama kararının verildiği durumlarda, bu karar idarî yargıda dava konusu edilir. Buna karşılık feshin haksız olup olmadığı veya fesih sonucuna ilişkin olarak açılan tazminat davaları adli yargıda görülmektedir. Burada yasaklama kararının feshin haksız olup olmadığına bağlı olduğu göz önüne alınıp, idarî yargıda açılan davanın adli yargıda açılan dava sonucunu beklemesi gerekir. Aksi halde yargı kararları arasındaki muhtemel çelişki kaçınılmaz olur.

Kesin teminat ve ek kesin teminatların gelir kaydedilmesine ilişkin dava, feshin bir sonucu olarak adli yargı yerlerinde görülmektedir. Özü itibarıyla, yasaklama kararıyla benzer nitelik taşıyan bu işlem, garanti sözleşmesine ilişkin bir durumu içerdiğinden adli yargı yerlerinde görülmektedir.

Kamu İhale sözleşmesinin feshinden sonra ortaya çıkan tasfiye ilişkisinde, yeni dönme teorisine göre kurulan edimlerin yer değiştirdiği sözleşme ilişkisi, iadenin tabi olduğu hukukî rejimi de belirlemektedir. Buna göre sözleşmeye ilişkin hükümler tasfiye ilişkisine de uygulanması gerekecektir. Ancak Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olarak öngördüğü hükümler ayrıntılı ve daha açık iade hükümleri içerdiğinden uygulamada tasfiye ilişkisinde bu hükümlere dayanılarak tasfiye ilişkisi çözülmektedir. Ancak bu durum tasfiyede sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanıldığı anlamı taşımamalıdır. Burada sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen tasfiyeye uygulanmasından başka bir düşünce bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, kamu ihale sözleşmelerine uygulanması için ayrı bir Kanuna gerek yoktur. Zaten istisna kapsamında yapılan kamu alımlarına ilişkin sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre yürütülmektedir. Bu sözleşmelerde ortaya çıkan sorunlar Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundan fazla değildir. İctihat zenginliği ve mahkemelerin bu konudaki tecrübesi kamu ihale sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda da yeterlidir. Eğer bu olmazsa, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun sistematiği ve hükümleri, Türk Borçlar Kanunu ve tarafların hak ve yükümlülükleri esas alınarak yeniden düzenlenmeli ve Kanundaki çelişkili hükümler ortadan kaldırılmalıdır.

Sistematiği olarak, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 5 bölümden oluşmalıdır. Birinci bölümde, Kanunun amacı, kapsamı ve Kanunda kullanılan tanımlar yer almalıdır. Tanımlar kısmında verilen teknik terimler tanımlandığı şekliyle Kanunda kullanılmalıdır. Kapsam maddesi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile uyumlu olmalıdır. Mevcut haldeki, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun kapsamının idare ve faaliyetlerine göre tanımlanması, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ise, sadece ihale usullerine göre yapılan sözleşmeleri kapsamı birbirine uyumsuz iki Kanun görüntüsü vermektedir. Aynı husus tanımlar açısından da geçerlidir.

İkinci bölümde, kamu ihale sözleşmelerine hakim olan ilkelere yer verilmelidir. Çalışmamızda yer verdiğimiz ilkelere toplu halde bu bölümde yer verilmelidir. Üçüncü bölümde, kamu ihale sözleşmelerinin türleri ve kapsamına yer verilmelidir. Kamu ihale sözleşmelerinin türleri sırf şekli açıdan değil Türk Borçlar Kanununundaki ayrımlar da dikkate alınarak belirlenmelidir. Dördüncü bölümde, kamu ihale sözleşmesinin taraflarının hak ve yükümlülükleri yer almalıdır. Mevcut 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununu sadece yüklenicinin yükümlülüklerine yer vermiş ancak idarenin yükümlülüklerine ilişkin zorlayıcı herhangi bir düzenleme içermemektedir. Türk İhale Mevzuatının tarihî gelişiminin tarafların eşit olduğu özel hukuk alanına doğru gittiği dikkate alındığında idarenin yükümlülükleri de bu bölümde düzenlenmelidir. Beşinci bölümde ise, kamu ihale sözleşmesinin sona ermesine ilişkin sebepler ile buna ilişkin usul ve sonuçlar yer almalıdır. Mevcut metinde yapılacak arızî düzeltmeler karmaşıklığı daha da artıracığından tek tek madde düzeltmelerine ilişkin önerilere yer verilmemiştir.

KAYNAKÇA*

ABACIOĞLU, Muhittin; **İhale Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2000.

ABBOTT, Frederick M.; “The TRIPS-Legality of Measures Taken to Address Public Health Crises: Responding to USTR-State-Industry Positions That Undermine the WTO”, Edited by Kennedy, Daniel L.M.; Southwick, James D., **The Political Economy of International Trade Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

ABRAHAM, Filip/STUYCK, Jules/BALLON, Elke; **Privatisations and Public Procurement in the European Union**, Leuven, Leuven University Press, 1998.

AKKANAT, Halil; “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, s.63-76, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.

ALTAŞ, Hüseyin; “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK. Mad. 358)”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006. (Kısaltılmışı: İfadan Önce)

ALTAŞ, Hüseyin; “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Yaklaşık Ücretin Aşırı Aşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK mad. 366 ve 367)”, s.71-84, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008. (Kısaltılmışı: Yaklaşık Ücret)

ANDREWS, Neil; **Contract Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

* Dipnotlarda geçen eserler, yazarların soyadı ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmışı şekliyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

ANDREWS, Neil/CLARKE, Malcholm/TETTENBORN, Andrew/VIRGO, Graham, **Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies**, Thomson Reuters UK Limited, 2011.

ANKARA TİCARET BORSASI, “**Türkiye’de Bitirilemeyen Projeler**”, Erişim, www.atb.gov.tr/pages.aspx?pagelid=11952c6c-1389-488a-9347-f1503de3f2cf, E.T. 17.01.2012.

APPLEBEY, George; **Contract Law**, London, Sweet and Maxwell, 2001.

ARAL, Fahrettin; **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011. (Kısaltılmışı: Kötü İfa)

ARAL, Fahrettin; **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010. (Kısaltılmışı: Takas)

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

ARKAN, Sabih; **Ticari İşletme Hukuku**, 16. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2012.

ARROWSMITH, Sue; **A Guide to the Procurement Cases of the Court of Justice**, Winteringham, Earls Gate Press, 1992. (Kısaltılmışı: Procurement Cases)

ARROWSMITH, Sue; **Government Procurement in the WTO, Volume 16**, Hague, Kluwer Law International, 2003. (Kısaltılmışı: WTO)

ARROWSMITH, Sue; **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Winteringham, Earls Gate Press, 1993. (Kısaltılmışı: Remedies)

ARROWSMITH, Sue; **The Law of Public and Utilities Procurement**, Second Edition, Thomson Sweet and Maxwell, London, Reprinted 2010. (Kısaltılmışı: Utilities)

- ARROWSMITH, Sue/ANDERSON, Robert D.; **The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform**, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- ARROWSMITH, Sue/KUNZLIK, Peter; **Social and Environmental Policies in EC Procurement Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- ARSLAN, Çetin; **İhaleye Fesat Karıştırma Suçu**, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012.
- ARSLAN, İ. Yılmaz/ERGÜN, Mevci; **Ticaret Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Ekin Yayınları, 2007.
- ATASOY, Ömer İdil; **“Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Bir Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu”**, www.anayasa.gov.tr, E.T.21.06.2012
- ATLI, Burak Yağız; **Kamu İhale Mevzuatı Açısından Mücbir Sebeplerin İncelenmesi**, Kamu İhale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2008.
- AYRANCI, Hasan; **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- BALOGH, Tariq A.; **Unjust Enrichment and Contract**, London, Oxford University Press, 2009.
- BAŞPINAR, Veysel; **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998.
- BAŞPINAR, Veysel; **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.
- BEATSON, J.; **The Use and Abuse of Unjust Enrichment**, London, Oxford University Press, 1991.

- BETHLEHEM, Daniel/McRAE, Donald/NEUFELD, Rodney/VAN DAMME, Isabelle; **International Trade Law**, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- BİLGİN, Mahmut; “**Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik Yapılması)**”, s.985-1028, www.web.deu.edu.tr, E.T. 23.05.2011
- BİLGİN, Mahmut; **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.,
- BİLİR, Dilek, **Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2010.
- BIRKS, Peter; **Unjust Enrichment**, Second Edition, Clarendon Law Series, London, Oxford University Press, 2005.
- BOVIS, Christopher; **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, Oxford, Oxford University Press, Reprinted 2009. (Kısaltılmışı: Regulation)
- BOVIS, Christopher; **The Liberalisation of Public Procurement and Its Effects on the Common Market**, Aldershot, Ashgate Publishing Company, 1998. (Kısaltılmışı: Liberalisation)
- BOZBEL, Savaş; “**Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler**”, www.hukuk.erzincan.edu.tr, 16.11.2011.
- BRIGHT, Christopher; **Public Procurement Handbook**, Chichester, Chancery Law Publishing Ltd, 1994.
- BRUNNER, Christoph; **Force Majeure and Hardship under General Contract Principles**, Hague, Kluwer Law International Press, 2009.
- BURROWS, Andrew; **The Law of Restitution**, Second Edition, London, Butterworths Publishing, 2002.

BUZ, Vedat; **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008. (Kısaltılmışı: Borçlunun Temerrüdü)

BUZ, Vedat; **Kamu İhale Sözleşmesinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007. (Kısaltılmışı: Kamu İhale Sözleşmesi)

CANAVCI, Mehmet Ali; **Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akti**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2006.

CAROLI CASAVOLA, Hilde; "Global Rules for Public Procurement", p.27-61, Edited by Noguellou, Rozen; Stelkens, Ulrich; **Comparative Law on Public Contracts**, First Edition, Brussel, Bruylant Press, 2010.

CHALMERS, Damian Davies/GARETH, Monti Giorgio; **European Union Law**, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

CHEN-WISHART, Mindy; **Contract Law**, Third Edition, Londra, Oxford University Press, 2010.

COX, Andrew; **Public Procurement in the European Community: Volume 1, The Single Market Rules and the Enforcement Regime After 1992**, Winteringham, Earls Gate Press, 1993.

CRAIG, Paul/De BURCA, Grainne; **The Evolution of EU Law**, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011.

ÇELİK, Nuri; **İş Hukuku Dersleri**, 19. Baskı, İstanbul, Beta, 2006.

D'HOOGHE, David; "Enforcing the Public Procurement Rules in Belgium", p.91-110, Edited by Arrowsmith, Sue; **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Winteringham, Earls Gate Press, 1993.

DAYINLARLI, Kemal; **Joint Venture Sözleşmesi**, 3. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Yayıncılık, 2007.

- DEMİR, Mehmet; **Mesafeli Sözleşmenin İnternet Üzerinden Kurulması**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.
- DEMİRBOĞA, Dursun Ali; “Çerçeve Sözleşme İhaleleri”, **Güncel Mevzuat**, Sayı 23, s.16-19, Kasım 2007.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan; **Güven Esasına Göre Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk-Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- DEUTCH, Sinai; **Unfair Contracts The Doctrine of Unconscionability**, UK, Lexington Books, 1977.
- DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI, **Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Kamu Yatırımlarının Planlaması ve Uygulanmasında Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2001.
- DINGEL, Dorthe Dahlgaard; **Public Procurement, A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law**, London, Kluwer Law International, 1999.
- DÜLGER, Murat Volkan; “**Ekonomik Suçlar Bağlamında İhale Sürecine İlişkin Suçların Değerlendirilmesi**”, Erişim, www.dulger.av.tr/assets/pdf/ihalesurecineiliskinsuclar.pdf, E.T.21.02.2012.
- DÜZGÖREN, Koray; “**15 Günde 15 Yasa Çıkarma Şartı**”, Yenişafak Gazetesi, 29.03.2001, Erişim, <http://yenisafak.com.tr/arsiv/2001/MART/29/kduzgoren.html>, E.T. 05.03.2009
- EBKE, Werner F./STEIN HAUER, Bettina M.; “The Doctrine of Good Faith in German Contract Law”, Cited from Zimmermann, Reinhard; Whittaker, Simon; **Good Faith in European Contract Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

- EDİS, Seyfullah; **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. Baskı, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları No:41, Ankara, 1993.
- EECKHOUT, Piet; “Remedies and Compliance”, Edited by Bethlehem, Daniel, McRae, Donald, Neufeld, Rodney; Van Damme, Isabelle; **International Trade Law**, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- ELLIOT, Larry; “**Global Financial Crisis: Five Key Stages 2007-2011**”, The Guardian, 07.08.2011, Erişim, <http://www.guardian.co.uk/business/2011/aug/07/global-financial-crisis-key-stages>, E.T. 10.11.2011.
- ERDEM, Mehmet; **Özel Hukukta Zamanaşımı**, İstanbul, Oniki Levha Yayınevi, 2010.
- EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- ERGEZEN, Muaz; **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2007.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan; **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008.
- EUROPEAN COMMISSION; **A Handbook on Environmental Public Procurement**, Brussel, 2004.
- FERREL, O.C./FRAEDRICH, John/FERREL, Linda; **Business Ethics**, 8th Edition, Londra, South Western Cengage Learning, 2008.
- FİDANCI, Elif Naz; “**Doğal Afetler ve Korunma Yolları**”, www.veterinary.ankara.edu.tr, E.T. 03.02.2012.
- FOSTER, Nigel; **EU Law Directions**, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- FURMSTON, Michael; **The Law of Contract**, Fourth Edition, London, Published by LexisNexis, 2010.

- GEDDES, Andrew; **Public and Utility Procurement A Practical Guide to the UK Regulations and Associated Community Rules**, Second Edition, London, Sweet and Maxwell, 1997.
- GEZDER, Ümit; **Türk-İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009.
- GILIKER, Paula/BECKWITH, Silas; **Tort**, Fourth Edition, London, Sweet and Maxwell, 2011.
- GORDLEY, James; "Good faith in Contract Law in the Medieval *Ius Commune*", p.93-117, Edited by Zimmermann, Reinhard, Whittaker, Simon, **Good Faith in European Contract Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **Yönetim Hukuku**, 14. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2000.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut; **İdare Hukuku Cilt 1**, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat; **Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1977.
- GRANTHAM, Ross B./RICKETT, Charles E.F.; **Enrichment and Restitution in New Zealand**, Oxford, Hart Publishing, 2000.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- HEDLEY, Steve; **Tort**, Sixth Edition, London, Oxford University Press, 2008.
- HOWARTH, David; **Textbook on Tort**, London, Butterworths, 1995.
- İŞIKTAÇ, Yasemin; **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007,

KAPLAN, İbrahim; **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

KARACA, Bilal; “**İhale ile Alım-Satım Kavramları Yeni TCK 235. Madde**”, Yeni Şafak, 29.03.2005.

KARAYALÇIN, Yaşar; “FIDIC Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukukî Durumu”, **Yönetici-İşletmeci ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996**, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.

KEMER, Mustafa; **4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapım İşleri**, Ankara, Sözkese Matbaası, 2004.

KENNEDY, Daniel L.M./SOUTHWICK, James D.; **The Political Economy of International Trade Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

KEYİK, Afşar Kemal; **4734 sayılı Kamu İhale Kanununda İhalenin İptali**, Kamu İhale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2008.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.

KISACIK, Rıdvan; “**2490 Sayılı Artırma Eksiltme ve İhale Kanununun Gerekçesi**”, Erişim, <http://ihalemektebi.wordpress.com/>, E.T. 18.04.2012

KLIPPERT, George B.; **Unjust Enrichment**, Toronto, Butterworths, 1983.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, Cilt 1**, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2008.

- KOÇ, Nevzat; **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1992.
- KOFFMAN, Laurance/MACDONALD, Elizabeth; **The Law of Contract**, Third Edition, Oxford, Tolley Publishing Company Limited, 1998.
- KORKUT, Ömer; "Türk Hukuku Bakımından Ortak Girişim (Joint Venture) ve İş Ortaklığı", **Kazancı Hukukî Eserler Bilgi Bankası**, www.kazanci.com, E.T. 05.05.2012
- KOYUNCUOĞLU, Tennur; **Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- KRÜGER, Kai/NIELSEN, Ruth/BRUUN, Niklas; **European Public Contracts in a Labour Law Perspective**, Copenhagen, DJOF Publishing, 1998.
- KUIJEPER, Pieter Jan; "Some Institutional Issues Before the WTO", Edited by Kennedy, Daniel L.M., Southwick, James D.; **The Political Economy of International Trade Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder; **İcra ve İflas Hukuku**, 26. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- LANDO, Ole, BEALE, Hugh; **Principles of European Contract Law**, Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- LARSEN, Kirsten Hee; "Enforcing the Public Procurement Rules in Denmark", p.111-119, Edited by Arrowsmith, Sue; **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Winteringham, Earlsgate Press, 1993.
- LUNNEY, Mark/OLIPHANT, Ken; **Tort Law**, Fourth Edition, London, Oxford University Press, 2010.

- LYONS, Timothy; **EC Customs Law**, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- MACMILLAN, Catharine; **Mistakes in Contract Law**, Oxford, Hart Publishing, 2010.
- MARTIN, José M. Fernandez; “Enforcing the Public Procurement Rules in Spain”, p.239-270, Edited by Arrowsmith, Sue; **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Winteringham, Earlsgate Press, 1993.
- MARTIN, Jose M. Fernandez; **The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis**, Oxford, Clarendon Press Oxford, 1996.
- MASTRAGOSTINO, Franco; “Enforcing the Public Procurement Rules in Italy”, p.119- 162, Edited by Arrowsmith, Sue; **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Winteringham, Earlsgate Press, 1993.
- MATTHEWS, Martin/MORGAN, Jonathan/O’CINNEIDE, Colm; **Tort**, Sixth Edition, London, Oxford University Press, 2009.
- McBRIDE, Nicholas J./BAGSHAW, Roderick; **Tort Law**, Third Edition, London, Pearson Longman, 2008.
- McCOURT, Kieran; “Enforcing the Public Procurement Rules in Ireland”, p.305-326, Edited by Arrowsmith, Sue; **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Winteringham, Earlsgate Press, 1993.
- McKENDRICK, Ewan; **Contract Law**, Fourth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010.

- MEDHURST, David; **EU Public Procurement Law**, London, Blackwell Science Publishing, 1997.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; **İş Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.
- MULLIS, Alastair/OLIPHANT, Ken; **Torts**, Fourth Edition, Hampshire, Palgrave Macmillan Press, 2011.
- MURDOCH, John/HUGHES, Will; **Construction Contracts, Law and Management**, Fourth Edition, London, Taylor and Francis, 2008.
- MURPHY, John; **Street on Torts**, 12th Edition, London, Oxford University Press, 2007.
- NIEDZELA, Andrea/ENGSHUBER, Reinhard; “Enforcing the Public Procurement Rules in Germany”, p.357-383, Edited by Arrowsmith, Sue; **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Winteringham, Earls Gate Press, 1993.
- NOGUELLOU, Rozen/STELKENS, Ulrich; **Comparative Law on Public Contracts**, First Edition, Brussel, Bruylant Press, 2010.
- NOMER, Haluk N.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007.
- O’SULLIVAN, Janet/HILLIARD, Jonathan; **The Law of Contract**, Fourth Edition, Londra, Oxford University Press, 2010.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012. (Kısaltılmışı: Cilt 2)
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe; **Kişiler Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.

- OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, M.Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 9.Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011. (Kısaltılmışı: Cilt 1)
- OLYKKE, Grith Skovgaard; **Abnormally Low Tenders with an Emphasis on Public Tenderers**, Copenhagen, Djof Publishing, 2010.
- ORTINO, Federico; "GATT", Edited by Bethlehem, Daniel, McRae, Donald, Neufeld, Rodney, Van Damme, Isabelle; **International Trade Law**, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- OST, François/HOECKE, Mark Van; **The Harmonisation of European Private Law**, Budapest, Hart Publishing, 2000.
- ÖZ, M.Turgut; **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, 1989.
- ÖZDEMİR, Erkan; **Kamu İhale Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişim Müessesesi**, Kamu ihale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2006.
- ÖZTAN, Bilge; **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 36. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012. (Kısaltılmışı: Temel Kavramlar)
- ÖZTAN, Bilge; **Miras Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007. (Kısaltılmışı: Miras)
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa R./ÖZBEK, Veli Özer; **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1998.
- PEEL, Edwin; **The Law of Contract**, Thirteenth Edition, UK, Sweet and Maxwell, 2010.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN Özkan, Meral/ÖZEKES, Muhammet; **İcra ve İflas Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

- PETERSMANN, Ernst-Ulrich; **International and European Trade and Environmental Law After the Uruguay Round**, London, Kluwer Law International, 1995.
- PULAŞLI, Hasan; **Şirketler Hukuku**, 5. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2007.
- QUIGLEY, Conor; **European Community Contract Law, Volume 1: The Effect of EC Legislation on Contractual Rights, Obligations and Remedies**, London, Kluwer Law International, 1997.
- RAMBERG, Jan; **International Commercial Transactions**, Fourth Edition, Paris, ICC Norstedts Juridik, 2011.
- REİSOĞLU, Safa; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2006.
- ROGERS, W.V.H.; **Tort**, 18 th Edition, London, Sweet and Maxwell, 2010.
- RUBINS, Noah/KINSELLA, N. Stephan; **International Investment, Political Risk and Dispute Resolution**, USA, Oceana Publications, 2005.
- SCHERMAIER, Martin Josef; "Bona Fides in Roman Contract Law", p.63-92, Edited by Zimmermann, Reinhard, Whittaker, Simon; **Good Faith in European Contract Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.); **EU-Kommentar**, 2. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2009.
- SEFTON-GREEN, Ruth; **Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- SEROZAN, Rona; **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2002. (Kısaltılmışı: Borçlar Hukuku)

- SEROZAN, Rona; **Sözleşmeden Dönme**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007. (Kısaltılmışı: Dönme)
- SEVİNÇ KUYUCU, Aslıhan, **Incoterms (Uluslararası Ticari Terimler)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.
- SPANOGLE, John A./WINSHIP, Peter; **International Sales Law, A Problem-Oriented Coursebook, American Casebook Series**, Mishawaka, West Group, 2000.
- SPIELMANN, Dean; “Enforcing the Public Procurement Rules in Luxembourg”, p.163-194, Edited by Arrowsmith, Sue; **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Winteringham, Earlsgate Press, 1993.
- SRINAVASAN, T.N.; “The TRIPS Agreement”, Edited by Kennedy, Daniel L.M., Southwick, James D.; **The Political Economy of International Trade Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- STANTON, K.M.; **The Modern Law of Tort**, London, Sweet and Maxwell, 1994.
- STEELE, Jenny; **Tort Law**, Second Edition, London, Oxford University Press, 2010.
- STEVENS, Roberts; **Torts and Rights**, London, Oxford University Press, 2007.
- SUMMERS, Robert S.; “The Conceptualisation of Good Faith in American Contract Law: A General Account”, p.118-144, Edited by Zimmermann, Reinhard, Whittaker, Simon; **Good Faith in European Contract Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- SUNGURBEY, İsmet; **Medeni Hukuk Sorunları**, Cilt 4, İstanbul, 1980.

SÜZEK, Sarper; **İş Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2006.

ŞAHİNER, Melih Serhat; **Kamu İhale Mevzuatında Teminat Kavramı**, Kamu İhale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2006.

ŞEKERCİ, Sena; **Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010.

ŞENOCAK, Zarife; **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

TARHAN, R. Bülent/GENÇKAYA, Ömer Faruk/ERGÜL, Ergin/ÖZSEMERÇİ, Kemal/ÖZBARAN, Hakan; **Bir Olgu Olarak Yolsuzluk: Nedenler, Etkiler ve Çözüm Önerileri**, www.tedmer.org.tr, E.T. 29.04.2012

TAŞYÜREK, Mustafa Çağatay; **Kamu İhale Hukukunda Alt Yüklenicilik Müessesesi**, Kamu İhale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2008.

TAYLOR, Richard/TAYLOR, Damian; **Contract Law**, Third Edition, London, Oxford University Press, 2011.

TIPLADY, David; **Introduction to The Law of International Trade**, Oxford, BSP Professional Books, 1989.

TREBILCOCK, Michael J./HOWSE, Roberts; **The Regulation of International Trade**, 3rd Edition, London, Routledge Taylor and Francis Group, 2005.

TREPTE, Peter; **Public Procurement in the EU A Practitioner's Guide**, Second Edition, London, Oxford University Press, 2007.

TREUMER, Steen, LICHÉRE, François; **Enforcement of the EU Public Procurement Rules**, Copenhagen, DJOF Publishing, 2011.

- TRYBUS, Martin; **European Defence Procurement Law: International and National Procurement Systems as Models for a Liberalised Defence Procurement Market in Europe**, Hague, Kluwer Law International, 1999.
- 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.
- TURANBOY, K. Nuri; **İbra Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998.
- TUTUMLU, Mehmet Akif; **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008.
- TÜREGÜN, Necip; “FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **Yönetici-İşletmeci ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996**, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.
- TWIGG-FLESNER, Christian; **The Europeanisation of Contract Law**, First Edition, London, Routledge Cavendish Press, 2008.
- TYRRELL, Alan/BEDFORD, Becker; **Public Procurement in Europe: Enforcement and Remedies**, London, Butterworths, 1997.
- UFF, John; **Construction Law**, Tenth Edition, London, Sweet and Maxwell, 2009.
- USLU, Yusuf; **Yapım İşlerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Hukukî Sonuçları**, Kamu İhale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2006.
- VALADOU, Patrice; “Enforcing the Public Procurement Rules in France”, p.327-356, Edited by Arrowsmith, Sue; **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Winteringham, Earls Gate Press, 1993.

- VAN DE MEET, Gert-Wim A.; “Enforcing the Public Procurement Rules in the Netherlands”, p.195-238, Edited by Arrowsmith, Sue; **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Winteringham, Earlsgate Press, 1993.
- VIRGO, Graham; **The Principles of the Law of Restitution**, Second Edition, London, Oxford University Press, 2006.
- VOON, Tania/MITCHELL, Andrew D., “TRIPS”, Edited by Bethlehem, Daniel, McRae, Donald, Neufeld, Rodney, Van Damme, Isabelle; **International Trade Law**, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- WEATHERILL, Stephen; “Enforcing the Public Procurement Rules in the United Kingdom”, p.271-304, Edited by Arrowsmith, Sue; **Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Public Procurement in the European Community: Volume IV**, Winteringham, Earlsgate Press, 1993.
- WEATHERILL, Stephen; **Cases and Materials on EU Law**, Ninth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- WEISS, Friedl; **Public Procurement in European Community Law**, London, The Athlone Press Ltd, 1993.
- YALMAN, Süleyman; **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006.
- YAVUZ, Cevdet; **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 11. Baskı, İstanbul, Beta, 2012.
- YILMAZ, Ferudun; “Güç İlişkileri ve Firma Teorisi”, **SBF Dergisi**, Yıl 1957, Sayı 1, s. 157-176, Ankara, 1957.

ZIMMERMANN, Reinhard/WHITTAKER, Simon; **Good Faith in European Contract Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

ZOR, Ömer Tuğrul; **Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi**, Kamu İhale Kurumu, (Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2006.

Internet Siteleri:

www.abgs.gov.tr

www.kazanci.com

www.kik.gov.tr

<http://www.u-s-history.com/pages/h1851.html>

ÖZET

DEMİRBOĞA, Dursun Ali, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Doktora Tezi, Ankara, 2013.

Kamu ihale sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin sürdürülmesinin önemli araçlarından biridir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, bu sözleşmeleri düzenleyen kuralları ihtiva eder. Aynı zamanda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bu Kanunun tamamlayıcısıdır. Kamu ihale sözleşmelerinin feshi 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenmiştir. Bu fesih sebepleri, sözleşmenin feshinde öncelikli olarak uygulanır. Sözleşmenin feshinde değişik görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar klasik görüşü savunmaktadırlar. Ancak dürüstlük kuralının kullanılmasıyla birlikte yeni dönme teorisinin daha adil sonuçlar vereceği kanaatindeyiz.

Kamu ihale sözleşmesinin feshinden sonra, tarafların iade yükümü ve iadenin kapsamı fesih sebeplerine göre değişmektedir. Kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama ve geçici teminatın gelir kaydedilmesi Kanunda feshin sonucu olarak öngörülmüştür.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun kanunlaşma aşamasında meydana gelen özensizlik, hükümler arasında çelişkilerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Özellikle fesih sebeplerini düzenleyen hükümler arasındaki çelişkiler uygulamada sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Tezimizde bu sorunların giderilmesine ilişkin çözüm önerileri yer almaktadır.

Anahtar Sözcükler:

1. Kamu İhale Sözleşmesi
2. Dönme Teorisi
3. Sözleşmenin Feshi
4. İstekli
5. İdare

ABSTRACT

DEMIRBOGA, Dursun Ali, Termination of Public Procurement Contract, Doctorate Dissertation, Ankara, 2013.

Public procurement contracts are important tool for maintaining of public services. The Public Procurement Contracts Code No.4735 includes rules, which are regulating public procurement contracts. In addition, Turkish Obligation Code No.6098 is a complementary part of the Public Procurement Contracts Code No.4735. The termination of public procurement contracts was regulated in the Public Procurement Contracts Code. These reasons of termination have to apply during termination of contacts as primarily. There are some opinions related to termination amongst the authors. Some authors proposed classical theory of termination. However, new termination theory can give more fair results with the use of good faith rules rather than classical theory.

After the termination of public procurement contract, obligation of parties, which are related to restitution, and content of restitution can change based on reasons of termination. Prohibition from participation to public procurement and registered revenue of tender security are regulated as a result of termination.

The negligence during the legislation stage of the Public Procurement Contracts Code caused conflicts between articles. Particularly, conflicts amongst articles, which are related to termination, can cause potential problems during the application. In this dissertation, there are some solutions for potential problems that may be emerged in the future.

Key Words:

1. Public Procurement Contract
2. Termination Theory
3. Termination of Contract
4. Tenderer
5. Awarding Authority