

**T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN
DEĞİŞTİRİLMESİ VE DEVRİ**

(4735 Sayılı Kanun m.15 ve m.16)

Yüksek Lisans Tezi

MUSTAFA OĞUZ TUNA

1050Y77104

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Ömer ÇINAR

İstanbul, 2013

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ONAY SAYFASI

Yüksek lisans öğrencisi Mustafa Oğuz TUNA'nın “ Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri (4735 Sayılı Kanun m.15 ve m.16) “ konulu tez çalışması jürimiz tarafından Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi olarak (Oybirliği / Oyçokluğu ile) kabul edilmiştir.

Ad Soyad

İmza

TEZ DANIŞMANI :

.....

JÜRİ ÜYESİ :

.....

JÜRİ ÜYESİ :

.....

İÇİNDEKİLER

Özet (Abstract)	5
Tablo Listesi.....	6
Kısaltmalar	7
GİRİŞ.....	9

BİRİNCİ KISIM

GENEL OLARAK KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ

1.Genel Olarak.....	12
1.1.Tanım	12
1.2. Kapsam	13
1.3. Niteliği	20
1.4. Kamu İhale Sözleşmelerine Hâkim Olan İlkeler	24
2.Kamu İhale Sözleşmelerinin Uygulanması	26
2.1. İçeriği	26
2.2. Taraflar.....	29
2.2.1. İdare.....	29
2.2.2. Yüklenici	30
3.Kamu İhale Sözleşmelerinin Türleri.....	31
3.1.Genel Olarak	31
3.2. Mal veya Hizmet Alımı İşleri	32
3.3. Yapım İşleri	33
3.4. Münferit Sözleşmeler.....	35
4.Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Ermesi	36
4.1.Genel Olarak	36
4.2. Yüklenicinin Ölümü, İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu Veya Mahkûmiyeti.....	37
4.3. Fesih.....	40

İKİNCİ KISIM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

1.Sözleşmenin kurulması.....	46
1.1.Genel olarak.....	46
1.2. Sözleşmenin İmzalanması.....	47
1.3. Kamu İhale Sözleşmelerinde Kesin Hükümsüzlük Halleri	48
2.Sözleşmede Değişiklik Yapılması	51
2.1.Genel Olarak	51
2.2. Sözleşmede Yapılan Değişikliğin Hukuki Niteliği.....	54
2.3.Sözleşmede Değişiklik Yapılmasının Şartları	55
2.3.1. Genel Olarak	55
2.3.2. Sübjektif Şart.....	56
2.3.3. Objektif Şartlar	59
2.3.3.1. Genel olarak.....	59
2.3.3.2.Önşart – Sözleşme Bedelinin Aşılmaması	59
2.3.3.3. Diğer Şartlar	60
2.3.3.3.1. İşin Yapılma Veya Teslim Yeri.	60
2.3.3.3.2. İşin Yapılma Veya Teslim Süresi	62
2.3.3.3.2.1. İşin Süresinin Erkene Alınması Özel Şartı.....	62
2.3.3.3.2.2. Yeni Süreye Uygun Olarak Ödeme Koşullarının Düzenlenmesi....	66
3.Değişiklik Yapılması	67
3.1. Değişiklik Sözleşmesi.....	67
3.2. Sözleşme Değişikliğin Genel İşlem Şartları Bakımından Değerlendirilmesi.....	70
4. Sözleşmede Değişiklik Yapılmasının Sonuçları.....	71
5. Kamu İhale Sözleşmelerinin Uyarlanması	72

ÜÇÜNCÜ KISIM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN DEVRİ

1.Devrin Yapılması - Devir Sözleşmesi	75
1.1.Kurulması.....	75

1.2. Tarafları.....	77
1.3. Şekli	81
1.4. Şartları.....	81
1.4.1. Genel Olarak	81
1.4.2.Zorunlu Haller	83
1.4.3.Yazılı İzin.....	83
1.4.3.1.Şekli ve İçeriği.....	83
1.4.3.2.İhale Yetkilisi	86
1.4.3.3. İzinsiz Devir	91
1.4.4. Devralanın Statüsü	92
1.5. Hüküm ve Sonuçları	97
1.6. Sözleşme Devrinin Benzer Durumlardan Farkı.....	100
1.6.1. Sözleşmeye Katılmadan Farkı.....	100
1.6.2. İşletmenin/İşyerinin Devri.....	101
2. Devir Yasağı	103
2.1. Genel Olarak	103
2.2. Süresi.....	104
2.3. İstisnası	105
2.3.1. Genel Olarak	105
2.3.2. İsim Değişikliği Gereği Yapılan Devirler	106
2.3.3. Statü Değişikliği Gereği Yapılan Devirler	107
2.4. Devir Yasağına Uyulmamasının Sonuçları.....	109
2.4.1.Genel Olarak	109
2.4.2. Sözleşmenin Feshi.....	109
2.4.2.1. Genel Olarak.....	109
2.4.2.2. Feshin Sonuçları	111
2.4.3. İhalelere Katılmaktan Yasaklanma	114
SONUÇ.....	115
KAYNAKÇA	117

ÖZET

Ülkemizde idare tarafından ihalesi yapılacak olan mal, hizmet, danışmanlık hizmet alımları ile yapım işleri konuları 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan ayrılmış ve 22.01.2002 tarihinden itibaren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile ayrıca düzenlenmiştir. Buna dayanılarak imzalanan sözleşmeler ise ilk defa ayrı bir kanun olarak çıkarılan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile hüküm altına alınmıştır. Çalışmamızın konusu da, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.15 ve m.16 hükümleri ile öngörülen kamu ihale sözleşmelerinin değiştirilmesi ve devri olmuştur. Öncelikle sözleşmelerin değiştirilmesi, ardından devri, doktrin ve yargı kararları ile birlikte konuya uygun düştüğü ölçüde incelenmiştir. Özetle, sözleşme, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, işin yapılma yeri ile işin süresi konularında değiştirilebilir. Sözleşmenin devri ise ancak zorunlu hallerde, ihale yetkilisinin yazılı izni ile özel şartlara haiz kişilere yapılabilir. Söz konusu hükümlere daha ayrıntılı bir şekilde birlikte çalışmamızda yer verilmiştir.

ABSTRACT

Procurement of goods, construction, consultancy and services have separated from State Procurement Law (no:2886) since 22.01.2002 by the peculiar and new ruling of Public Procurement Law (no:4734). The procurement contracts are governed primarily and independently by the Public Procurement Contracts Law (no:4735). The subject matter of our study consists from the examination of article 15 and 16 which ruled by Public Procurement Contracts Law. At first, changing of contracts, next assignment of contracts are observed with the judicial provisions and academics to the extent that applicability. Briefly, the procurement contracts can be changed within the place of performance and deadline with the mutual consent of the institution and contractor on condition that to set the deadline back early and not to exceed the price of contract. Additionally, the procurement contracts shall only be assigned to the eligible parties with the permission of the bid executive where compulsory cases. Hereby our study has throughly explanations in detail of the said issues.

TABLO LİSTESİ

Sayfa No.

Tablo 1. Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdarelerinde Harcama/İhale Yetkilileri	81
Tablo 2. Özel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdarelerinde Harcama/İhale Yetkilileri	82
Tablo 3. Sosyal Güvenlik Kurumlarında Harcama/İhale Yetkilileri	83
Tablo 4. Merkez Dışı Birimlerde Harcama/İhale Yetkilileri	84

KISALTMALAR

AÜFHD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BİM	: Bölge İdare Mahkemesi
TBK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇAİUY	: Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
D.	: 1.Danıştay 2.Daire
DHAİUY	: Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
E.	: Esas
GİB	: Gelir İdaresi Başkanlığı
HAİUY	: Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HİGŞ	: Hizmet İşleri Genel Şartnamesi
İK	: İş Kanunu
K.	: 1.Kanun 2.Karar
KİK	: Kamu İhale Kurumu
MAİUY	: Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği

MK	: Medeni Kanun
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: 1.Sayılı 2.Sayfa
S.	: Sayıştay
SGK	: Sosyal Güvenli Kurumu
T.	: Tarih
TKK	: Temyiz Kurulu Kararı
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
UM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
Y.	: Yargıtay
YİĞŞ	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi
YİİUY	: Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği

GİRİŞ

İdare tarafından yapılacak olan bütün kamu alımları, satımları, kiralamaları ve yapım işleri gibi konular eskiden sadece 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile düzenlenmiş iken, 22.01.2002 tarihinden itibaren idarenin yapacağı mal, hizmet alımları ve yapım işleri ayrı bir kanun olarak Kamu İhale Kanunu ile düzenlenmiş ve artık Devlet İhale Kanunu uygulamasından çıkmıştır. Söz konusu düzenleme ile mal ve hizmet alımları ile yapım işleri için kendine özel ihale usulleri belirlenmiş ve hukukumuzda ilk defa bu yöntemlerle ihale edilen işlerin bağlandığı sözleşmelere özel olarak uygulanması maksadıyla Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yayınlanmıştır.

Avrupa Birliğine uyum süreci çerçevesinde yapılan bu düzenlemelerle birlikte idarenin mal, hizmet alımları ile yapım işleri konularına uygulanmak üzere saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasının sağlanmakla sorumlu olunması gibi ilkelere yer verilmiştir. 2002 yılında, bu gibi ilkelerin kamu ihalelerine egemen olması için bir gözetim görevi gören Kamu İhale Kurumu kurulmuştur. Kamu ihale sözleşmeleri için başlı başına bir kanun çıkarılması hukukumuz açısından çok önemlidir. Çünkü bu kanunla birlikte, idare ile özel kişiler arasında yapılan sözleşmelerde tarafların doğası gereği çıkabilecek eşitsizliklerin önlenmesi bakımından, imzalanan kamu ihale sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasında tarafların eşit hak ve yükümlülükler sahip olacağı öngörülmüştür. Yine ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği ve kanunun yorumu ve uygulanmasında bu prensibin göz önünde bulundurulacağına hükmedilmiştir.

Nitekim uygulamada da yargı organlarınca ve doktrinin büyük bölümünde, kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmesi olduğu açıkça kabul edilmektedir. Bu görüşün hakim olmasının nedeni ise Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan düzenlemelerdir. Bu duruma örnek olarak, kamu ihale sözleşmesinin uygulanması bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.15'te belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaması ve ek sözleşme düzenlenememesi gösterilebilir. Bu çalışmanın da başlıca iki

içeriğinden birisi olan kamu ihale sözleşmelerinin değiştirilmesi hususu, kanunla sınırları çizilmiş ve şartları m.15 ile belirlenmiştir. Söz konusu hükme aykırı olarak sözleşmenin tek taraflı bir şekilde değiştirilmesi kesinlikle yasaklanmıştır.

Kamu ihale sözleşmelerinin değiştirilmesi hususu, uygulamada sıklıkla görülen uyuşmazlıklara konu olduğundan kanun koyucu m.15 çerçevesinde yapılacak olan değişiklikleri, idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla işin yapılma veya teslim yeri ile işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi konuları ile sınırlandırmıştır. Ayrıca bu konularda yapılacak olan değişiklikler sonucunda sözleşme bedeli kesinlikle aşılmayacaktır.

Çalışmamızda yer alan diğer konu başlığı ise kamu ihale sözleşmelerinin devredilmesidir. Bu husus, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.16'da kaleme alınmıştır. Bu çalışmada madde içeriği ikiye ayrılarak incelenmiştir. İlk bölümde sözleşme devrinin yapılması, şartları ve usulü, ikinci bölümde ise sözleşme devrinin yasaklandığı durumlar ve yaptırımları ele alınmıştır.

Kamu ihale sözleşmelerinin hem değiştirilmesi hem de devredilmesi hususları, doktrinde yalın olarak neredeyse hiç incelenmemiş konulardır. Bu sebeple ister istemez kaynak sıkıntısı hissedilmiştir. Fakat bu konularla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkisi bulunan kaynaklardan mümkün olduğu kadar yararlanılmaya çalışılmış ve bazı konularda da görüşlerimiz sunulmuştur.

BİRİNCİ KISIM

GENEL OLARAK KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ

1.Genel Olarak

1.1.Tanım

Kamu ihale sözleşmeleri alanında özel olarak ülkemizde yapılan ilk düzenleme 22.01.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunudur¹. Bu kanun, kamu ihale sözleşmeleri konusunda her ne kadar yetersiz olsa da, temel olan konuları ele alan tek ve en önemli hukuki kaynaktır. Bu Kanunun amacı, aynı kanunun 1.maddesine göre sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir.

İkinci olarak ise, hem bu kaynağın dayanağı olan hem de kamu ihale sözleşmelerine ilişkin bazı hükümler içeren 22.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununu gösterebiliriz².

Kamu İhale Sözleşmelerinin tanımına ulaşmak için bu iki kaynağı incelememiz gerekir. 4735 sayılı kanununun tanımlar başlıklı 3.maddesine göre bu kanunun uygulanmasında Kamu İhale Kanununda yer alan tanımlar geçerlidir. Bu durumda kamu ihale sözleşmelerinin tanımına 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.4'ten ulaşabiliriz. Ancak kamu ihale sözleşmelerinin tanımını yapmadan önce kamu ihalesinin ne demek olduğunu bilmeliyiz. Söz konusu maddede verilen tanıma göre ihale, 4734 s.K.'da yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemlerdir. Buna göre kamu ihale sözleşmesinin de ihalenin tamamlandığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurduğu söylenebilir.

İlgili hükümde yapılan sözleşme tanıma göre ise, “*sözleşme mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı*” ifade eder. Böylece 4734 ve 4735 sayılı kanunların kapsamına giren mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin sonunda yapılan sözleşmenin kamu ihale sözleşmesi olduğunu söyleyebiliriz.

¹ Kabul Tarihi: 05.01.2002, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih/Sayı : 22.01.2002/24648.

² Kabul Tarihi: 04.01.2002, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih/Sayı : 22.01.2002/24648

Ayrıca bu tanımdan bir de açıkça yazılılık şartı arandığını söyleyebiliriz. Bütün şartnameler, ek belgeler vs. içeren ihale ile ilgili dokümanın³ yanı sıra yapılacak olan sözleşme de yazılı olmak zorundadır.

Sonuç olarak kamu ihale sözleşmesi, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine göre idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı ifade eder⁴.

Doktrinde kamu ihale sözleşmeleri ile ilgili, özel olarak mal ve hizmet alımı için bir tanımlama yapılmamış olmakla birlikte yapım işlerini içeren inşaat sözleşmeleri ile ilgili olarak bir tanım öngörülmüştür. Buna göre kamu ihale inşaat sözleşmesi, idare tarafından yapılan kamu ihalesini kazanarak sözleşme yapmaya hak kazanan müteahhidin, sözleşme ve eklerinde belirlenen inşa eserini meydana getirerek teslim etmeyi; idarenin de meydana getirilip teslim edilen inşa eseri karşılığında ücret ödemeyi taahhüt ettiği, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak tanımlanabilir⁵.

4735 s.K.'a göre yapılan sözleşmelere sadece ihale sözleşmesi denmesi yerine bunların kamu ihale sözleşmeleri adını alması, sözleşme taraflarından birisinin kamu(devlet) olmasının yarattığı algıdan kaynaklanmaktadır. Aynı sebepten ötürü ilgili kanunun adı da Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunudur. Bu durum, şu an ki aşamada kamunun, 10.09.1983 tarih ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre yaptığı sözleşmelerden ayırt edilmesi bakımından olumludur. Çünkü 4735 s.K.'da özel bir düzenleme yapılmıştır ve kendisine uygulanacak özel hükümler mevcuttur.

1.2. Kapsam

Kamu ihale sözleşmelerinin neler olduğu, hangi idarelerin yaptığı ihalelerin bir kamu ihale sözleşmesine bağlanması gerektiği konusundaki düzenleme 4735 sayılı kanuna kapsam başlığı altında getirilen m.2'dir. Buna göre: *“Bu Kanun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda*

³ İhale dokümanı: İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde; isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yaptırılacak işin projesini de kapsayan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belge ve bilgileri ifade eder (4734 s.K.m.4).

⁴ Doğanyigit, Sadettin, **Kamu İhale Kanunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s.136.

⁵ Tangör, Mehmet Ali, **Kamu İhale İnşaat Sözleşmeleri ve FIDIC Bakımından Müteahhidin Borçları** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2009, s.15.

düzenlenen sözleşmeleri kapsar.” Bu durumda kapsam konusunu iki aşamalı olarak incelememiz gerekir.

Öncelikle temel olarak şunu diyebiliriz ki kamu ihale sözleşmeleri, 4734 s.K’ a tabi kurum ve kuruluşların yaptığı ihale sözleşmelerini kapsamaktadır. İkinci olarak ta bu kurum ve kuruluşlar tarafından Kamu İhale Kanunundaki usullere tabi olarak ihale edilen ve aynı kanunun 46.maddesi uyarınca yapılan sözleşmeler, kamu ihale sözleşmelerinin kapsamını oluşturmaktadır.

İlk olarak bu kurum ve kuruluşların kimler olduğunu tespiti gereklidir. 4734 sayılı kanunun uygulamasına tabi bu kurum ve kuruluşlar aynı kanunun 2.maddesinde sayılmıştır. Söz konusu hükme göre bu idarelerin, kullanımlarına ait bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri 4734 sayılı kanun hükümlerine göre yürütülür ve dolayısıyla yapılacak sözleşmeler kamu ihale sözleşmeleridir. Bu idareler maddedeki sıralamasıyla şunlardır:

A) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

Uygulamada genel bütçe kapsamındaki bazı genel bütçeli kamu idareleri kendi ihale usullerini ve kendine özgü ihale sözleşmelerinin yöntemlerine zemin oluşturmak maksadıyla *özel ihale kanunları* çıkartmaktadır. Bu özel ihale kanunları 4735 s.K.’ a tabi değildir. Buna bir örnek de 09.03.2013 tarih ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması Hakkında Kanun’dur. Söz konusu kanunun 1.maddesine göre kanunun amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç 30 yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesidir. Bu kanuna göre düzenlenecek olan sözleşme, yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu kanun çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji

ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşmeler ve eklerini ifade eder. Yine aynı kanunun 4.maddesine göre de bu kanuna dayanılarak idare ile yüklenici arasında imzalanacak olan sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğu açıkça zikredilmektedir.

b) Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri.

c) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

d) (a), (b) ve (c)'de sayılanların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

e) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketlerin yapım ihaleleri.

Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ve bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketler ((e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi gayrimenkul yatırım ortaklıkları ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu kanun kapsamının dışındadır. Ayrıca bundan başka kanun kapsamının dışında olan idareler, istisnalar başlığı altında 4735 s.K. m.3'te sayılmıştır⁶. Bu istisnalar hakkında her birisi için özel olarak yönetmeliklerle düzenleme yapılmıştır⁷.

⁶ 4734 s.K. m.3-(Değişik: 30/7/2003-4964/2 md.)

a) Kanun kapsamına giren kuruluşlarca, kuruluş amacı veya mevzuatı gereği işlemek, değerlendirmek, iyileştirmek veya satmak üzere doğrudan üreticilerden veya ortaklarından yapılan tarım veya hayvancılıkla ilgili ürün alımları ile 6831 sayılı Orman Kanunu gereğince orman köyleri kalkındırma kooperatiflerinden ve köylülerden yapılacak hizmet alımları,

b)(Değişik: 20/11/2008-5812/1 md.) Savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilişkili olduğuna veya gizlilik içinde yürütülmesi gerektiğine ilgili bakanlık tarafından karar verilen veya mevzuatı uyarınca sözleşmenin yürütülmesi sırasında özel güvenlik tedbirleri alınması gereken veya devlet güvenliğine ilişkin temel menfaatlerin korunmasını gerektiren hallerle ilgili olan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri,

c) Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile yapım işleri;

uluslararası sermaye piyasalarından yapılacak borçlanmalara ilişkin her türlü danışmanlık ve kredi derecelendirme hizmetleri; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının banknot ve kıymetli evrak üretim ve basımı ile ilgili mal veya hizmet alımları,(Ek İbareler:27/4/2004 – 5148/ 2 md.) özelleştirme uygulamaları için 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak her türlü danışmanlık hizmet alımları; hava taşımacılığı yapan teşebbüs, işletme ve şirketlerin ticari faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları, d) İdarelerin yabancı ülkelerdeki kuruluşlarının mal veya hizmet alımları ile yapım işleri; yurt dışında bulunan nakil vasıtalarının o yerden sağlanması zorunlu mal veya hizmet alımları,

e) Bu Kanun kapsamına giren kuruluşların; Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumları, tutukevleri işyurtları kurumları, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı huzurevleri ve yetiştirme yurtları, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler, Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı enstitü ve üretme istasyonları ile Başbakanlık Basımevi İşletmesi tarafından bizzat üretilen mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan, Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünde yer alan mal ve hizmetler için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden, yük, yolcu veya liman hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden, akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar (Ek İbare:20/11/2008-5812/1 md.)ile araştırma-geliştirme faaliyetleri kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumundan yapacakları mal, hizmet ve danışmanlık hizmet alımları, et ve et ürünleri için Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğünden, ray üstünde çeken ve çekilen araçlarda kullanılan monoblok tekerlek ve tekerlek takımları için Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar,

f)(Değişik: 20/11/2008-5812/1 md.) Ulusal araştırma-geliştirme kurumlarının yürüttüğü ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları ile finansmanının tamamı Kanun kapsamındaki bir idare tarafından karşılanarak elde edilen sonuçların bu idare tarafından sadece kendi faaliyetlerinin yürütülmesinde faydalandığı haller hariç, her türlü araştırma ve geliştirme hizmeti alımları,

g) 2 nci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (d) bentlerinde sayılan kuruluşların, ticarî ve sınaî faaliyetleri çerçevesinde; doğrudan mal ve hizmet üretimine veya ana faaliyetlerine yönelik ihtiyaçlarının temini için yapacakları, Hazine garantisi veya doğrudan bütçenin transfer tertibinden aktarma yapmak suretiyle finanse edilenler dışındaki yaklaşık maliyeti ve sözleşme bedeli ikitrilyon üçyüzmilyar Türk Lirasını (Altı milyon yediyüzdoksanbirbin beşyüzaltmışsekiz Türk Lirası) aşmayan mal veya hizmet alımları,

h) Bu Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbî malzemelerin kişilerce alımları, (Ek İbare:20/11/2008-5812/1 md.)sağlık hizmeti sunan bu Kanun kapsamındaki idarelerin teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerinden yapacakları mal ve hizmet alımları,

i)(Ek: 14/7/2004-5226/21 md.) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamındaki taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının rölöve, restorasyon, restitüsyon ve konservasyon projeleri, sokak sağlıklaştırma, çevre düzenleme projeleri ve bunların uygulamaları ile değerlendirme, muhafaza, nakil işleri ve kazı çalışmalarına ilişkin mal ve hizmet alımları,

j) (Ek: 3/3/2005-5312/25 md.) Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun hükümleri kapsamında, acil müdahale plânlarının hazırlanması ve bir olay meydana geldikten sonra kirliliğe müdahale ve acil müdahale plânlarının icrası için acil olarak ihtiyaç duyulabilecek hizmet alımı ile araç, gereç ve malzeme alımı,

k)(Ek: 20/2/2008-5737/79 md.) Vakıf kültür varlıklarının onarımları ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal veya hizmet alımları,

l) (Ek: 27/12/2007-5726/24 md.)Tanıkların korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine göre alınacak koruma tedbirlerinin uygulanması için gerekli olan mal ve hizmet alımları,

m)(Ek: 9/7/2008-5784/28 md.) Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAŞ) tarafından ithalat yoluyla yapılacak spot sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG) alımları,

n)(Ek: 20/11/2008-5812/1 md.) Uluslararası mükellefiyetlerden doğan veya ulusal amaçlı; savunma, güvenlik, insani yardım gibi durumlarda ortaya çıkabilecek acil ihtiyaçların, süratli ve etkin bir biçimde temini amacıyla, önceden güvenceler alınmasına olanak sağlayan anlaşmalar veya sözleşmeler yapmak suretiyle mal ve hizmet alımları,

o)(Ek: 25/6/2009-5917/31 md.)Elektrik üretimi, iletimi, ticareti ve dağıtım alanlarında faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüslerinin, bu faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarından yapacakları enerji ve yakıt alımları,

p) (Ek: 22/2/2007-5583/9 md.;Değişik: 3/6/2011-KHK-638/31 md.) Gençlik ve Spor Bakanlığının uluslararası gençlik faaliyetleri ile Spor Genel Müdürlüğü ve bağımsız spor federasyonlarının ulusal ve uluslararası sportif faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları,⁶

Bu idareler tarafından Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeler, kamu ihale sözleşmelerinin kapsamını oluşturmaktadır. Bu halde yukarıda sayılan idare türleri Kamu İhale Kanununa tabi olduklarından buradaki ihale usullerine uygun olarak yapılan ve ardından 4734 s.K. m.46 uyarınca akde bağlanan sözleşmeler kapsam dahilindedir. Bu noktada söz konusu ihale usullerine kısaca değinmek gerekir. 4734 s.K. m.18’de bu ihale usulleri sayılmıştır. Buna göre idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinde açık ihale, belli istekliler arasında ihale ve pazarlık usullerden biri uygulanır. Bunların dışında m.22’de doğrudan temin usulü ve m.23’te ise tasarım yarışmaları öngörülmüştür.

Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usulü ifade eder (4734 s.K. m.4). Bu usulde isteyen herkes ihaleye katılabilir. İhaleye katılacak olan kişilerin sayısı, mal varlığı ve yeterlilikleri bakımından kanun herhangi bir özel sınırlama ya da düzenleme getirmemiştir⁸. İhaleye katılanlar arasında yapılan değerlendirmeler sonucunda ekonomik açıdan en avantajlı teklif yapan istekli ihaleyi kazanmış olur. Kamu İhale Kanununda diğer usuller için öngörülen şartlar gerçekleşmemişse açık ihale usulü dışında bir yöntem kullanmak mümkün değildir⁹.

Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir(4734 s.K.m.20/f.1)¹⁰.

r) (Ek: 13/2/2011-6111/177 md.)Fakir ailelere kömür yardımı yapılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararname kapsamında; işleticisi kim olursa olsun, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğünün kendisine veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait olan kömür sahalarından yapacağı mal ve hizmet alımları,

s)(Ek: 31/3/2012-6288/5 md.)Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünün bağlı ortaklıklarından yapacağı mal veya hizmet alımları,

t)(Ek: 4/7/2012-6353/27 md.)Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının kurduğu veya iştirak ettiği şirketten (ÖSYM’nin yapacağı mal ve hizmet alımlarında Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü alınmak kaydıyla) sınav faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik olarak yapılacak mal ve hizmet alımları,

Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir.

⁷ Bu yönetmeliklere ulaşmak için: “<http://www1.ihale.gov.tr/mevzuat/istisnalar%5Cistisnalar.html>”

⁸ Akyılmaz, Bahtiyar, **İdare Hukuku**, Sayram Yayınları, Ocak 2004, Konya, s.318.

⁹ Yıldırım - Yasin - Karan - Özdemir - Üstün - Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, 2.Baskı, İstanbul, Mart 2011, s.790.

¹⁰ 4734 s.K. m.20/f.3, 4, 5 : “10 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez. (Mülga son cümle: 30/7/2003-4964/13 md.) (Ek cümle: 20/11/2008-5812/6 md.)Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir.

Pazarlık usulü, 4734 s.K'da belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu için teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usuldür (4734 s.K.m.4). Pazarlık usulü 4734 s.K. m.21'de belirtilen şartlarda ve durumlarda yapılabilir¹¹.

Doğrudan temin usulünde 4734 s.K'da belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebilmesi söz konusudur. Yine 4734 s.K m.22'de belirtilen hallerde ihtiyaçların ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabilir¹².

(Değişik ilk cümle: 20/11/2008-5812/6 md.)Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir. İşin niteliğine göre rekabeti engellemeyecek şekilde 40 ıncı maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanı ile davet mektubunda belirtilen değerlendirme kriterlerine göre tekliflerin değerlendirmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.

Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilir.”

¹¹ 4734 s.K.m.21: “Aşağıda belirtilen hallerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir:

- a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması.
- b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.
- c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.
- d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.
- e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi.
- f)(Ek: 30/7/2003-4964/14 md.) İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar Türk Lirasına(yüzkükdörtbin yüzüç Türk Lirasına)kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

(Değişik ikinci fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.) (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir.

(Mülga üçüncü fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.)

(Değişik dördüncü fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.) (a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği tespit edilen istekliler, öncelikle ihale konusu için teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunar. İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerinde ihale komisyonu her bir istekli ile görüşür. Teknik görüşmeler sonucunda şartların netleşmesi üzerine bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat tekliflerini de içerecek şekilde tekliflerini vermeleri istenir.

(Değişik beşinci fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.) Bu madde kapsamında yapılacak ihalelerde, ilk fiyat tekliflerini aşmamak üzere isteklilerden ihale kararına esas olacak son yazılı fiyat teklifleri alınarak ihale sonuçlandırılır.

(Mülga altıncı fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.)

(Ek fıkra: 30/7/2003-4964/14 md.;Değişik yedinci fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.)(b), (c) ve (f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir.”

¹² 4734 s.K.m.22: “Aşağıda belirtilen hallerde ihtiyaçların ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabilir:

- a) İhtiyacın sadece gerçek veya tüzel tek kişi tarafından karşılanabileceğinin tespit edilmesi.
- b) Sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması.
- c) Mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardizasyonun sağlanması için zorunlu olan mal ve hizmetlerin, asıl sözleşmeye dayalı olarak düzenlenecek ve toplam süreleri üç yılı geçmeyecek sözleşmelerle ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden alınması.

Bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve m.10'da sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir (4734 s.K m.22/son). Ayrıca alımı yapılacak malın teslimi veya hizmetin ya da yapım işinin belli bir süreyi gerektirmesi durumunda, alımın bir sözleşmeye bağlanması zorunlu olup bir defada yapılacak alımlarda sözleşme yapılması idarelerin takdirindedir¹³.

4734 s. K. m.23 hükmüne göre tüm bu usullerin yanında ayrıca tasarım yarışmaları adı altında bir yöntem daha yer verilmiştir. Buna göre idareler, gerekli gördükleri mimarlık, peyzaj mimarlığı, mühendislik, kentsel tasarım projeleri, şehir ve bölge plânlama ve güzel sanat eserleri ile ilgili bir plân veya tasarım projesi elde edilmesine yönelik olarak, jüri tarafından değerlendirme yapılmak üzere ödüllü veya ödüksüz yarışma yaptırabilir. Yalnız burada ilgili mevzuatında belirlenecek usul ve esaslara göre rekabeti sağlayacak şekilde ilân yapılması zorunludur. Bu yarışmalar hakkında 24 Aralık 2002 tarihli ve 24973 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Mimarlık, Peyzaj Mimarlığı, Mühendislik, Kentsel Tasarım Projeleri, Şehir ve Bölge Planlama ve Güzel Sanat Eserleri Yarışmaları Yönetmeliği uygulanır.

Sonuç olarak şunu diyebiliriz ki 4734 m.2 kapsamına giren idarelerin yine yukarıda sayılan 4734 s.k.'a tabi ihale usullerinden birini takip ederek akde bağladığı sözleşmeler kamu ihale sözleşmeleridir ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamındadır.

d) Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin onbeş milyar(kırkçüçbin ikiyüzyirmisekiz Türk Lirası), diğer idarelerin beşmilyar Türk Lirasını (ondörtbin dörtyüzüç Türk Lirasını)aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iâşeye ilişkin alımlar.

e) İdarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz mal alımı veya kiralanması.

f)(Değişik: 20/11/2008-5812/8 md.) Özelliğinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları.

g) Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımları.

h)(Ek: 12/12/2003-5020/28 md.; Değişik: 20/11/2008-5812/8 md.) 8/1/1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanunun 22 ve 36 ncı maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları ile fikri ve sinai mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak için gerçekleştirilen hizmet alımları.

ı)(Ek: 15/5/2008-5763/35 md.) Türkiye İş Kurumunun, 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) ve (c) bentlerinde sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları,

i) (Ek: 20/11/2008-5812/8 md.) Seçim dönemi bitmeden önce seçimlerin yenilenmesine veya ara seçime ya da Anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulmasına karar verilen hallerde; Yüksek Seçim Kurulu tarafından yapılacak filigranlı oy pusulası kağıdı ve filigranlı oy zarfı alımı ile oy pusulası basım hizmeti alımı, mahalli seçimlerde ise İl Seçim Kurulu başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı."

¹³ Kamu İhale Genel Tebliği, 22.08.2009 Tarih, RG Sayı: 27327, m.22.1.1.3. Çeliktaş, İbrahim, **4964 Sayılı Kanunla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişikliklerin, İhale Usulleri Ve Bunların Sözleşmeye Bağlanmaları Açısından Değerlendirilmesi**, Sayıştay Dergisi, Sayı 50-51, Temmuz-Aralık, 2003, s.113.

1.3. Niteliği

Kamu ihale sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejim, ülkemizde kabul edilen ve özel hukuk-kamu hukuku ayırımına götüren hukuk sisteminin sonucu olarak, özel hukuk sözleşmesi mi yoksa kamu hukuku sözleşmesi mi olduğu sorusuna cevap aranarak değerlendirilecektir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve genel olarak ihale sürecini konu alan “Kamu İhale Hukuku” doktrini tartışmasız bir şekilde idare hukukunun konusu olarak görülmektedir. Çünkü ihale sürecinde uygulanacak hukuk idare hukukudur ve bu süreçte çıkan uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girmektedir. Ancak kamu ihale sözleşmeleri yeni bir alan olduğundan ve idari sözleşmelerden ayrılan hükümlere ve ilkelere sahip olduğundan tabi olduğu hukuki rejim açısından bir kesinlik söz konusu değildir. Doktrinde konuyla ilgili birbirinden farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşleri esas itibariyle dört başlıkta incelemek mümkündür¹⁴.

Bunlardan ilki *kamu hukuku teorisidir*. Buna göre hem ihale sürecinde hem de ihale bittikten ve sözleşme imzalandıktan sonraki süreçte sözleşmenin kamu hukuku kurallarına tabi olması gerekir. Kamu hukuku görüşünü benimseyen yazarlar, kamu ihale sözleşmelerinin idare hukukunun konusu olduğunu ve bu sözleşmeler ile ilgili çıkan uyuşmazlıkların idari yargıya tabi olduğunu ileri sürmektedirler. GÖZLER’e göre kamu ihale sözleşmeleri, idari sözleşmelerin şartlarını taşıyabilirler ve bu sözleşmelere özel hukuku aşan hükümler konulabilir ve böylece idari sözleşme niteliğini kazanabilirler¹⁵. Aynı görüşte olan UZ’a göre de kamu ihale sözleşmeleri, özel hukuka tabi olmayan ve idari sözleşme şartlarına haiz olan birer kamu hukuku sözleşmeleridir¹⁶.

Bir diğer görüş ise *özel hukuk teorisidir*. Bu görüşü savunan yazarlar ise kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmesi olduğunu, genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ve uyuşmazlıkların çözümünün adli yargının görev alanına

¹⁴ Buz, Vedat, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.74-90.

¹⁵ Gözler, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007, s.471. Aynı görüşte bkz. Tekinsoy, Akman, **İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**, AÜFHD, C.55, S.2, 2006, s.191 ve s.223.

¹⁶ Bu düşüncenin savunması niteliğinde monografik bir eser olarak Bkz. Uz, Abdullah, **İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, Nisan, 2010.

girdiğini benimsemektedirler. Alman hukukunda savunulan bu teoriye göre, serbest piyasada faaliyette bulunan idarenin bu piyasadaki özel hukuk kişilerinden farkı bulunmamaktadır. Bu itibarla idare ile özel hukuk kişileri arasında yapılan kamu ihale sözleşmeleri birer özel hukuk sözleşmesidir. Ancak burada hem kamu ihale sözleşmeleri hem de sözleşmenin kurulmasından önceki süreç, yani kamu ihaleleri de bir bütünlük içerisinde ve özel hukuka tabidir¹⁷.

Doktrinde yer alan görüşlerden birisi de *ayrılabilir işlem teorisidir*. Bu teori de Fransız hukukunda ortaya çıkmıştır. Buna göre kamu ihale sözleşmeleri kural olarak özel hukuk sözleşmesi değildir. Ancak özel hukuka tabi olması istisnai hallerde mümkündür. Hatta Fransa'da tüm kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme niteliği taşıdığı ve ihtilafların idari yargıda çözüleceği düzenlenmiştir. Kamu hukuku teorisinden farkı ise, bu teoriye göre örneğin ihale açılması, ihale şartnamesi ve ilanı, isteklilerden birinin ihale dışı bırakılması, ihalenin sonuçlandırılması ve sözleşme yapma kararı alınması, sözleşmenin feshi gibi işlemler, sözleşmeden ayrılabilir nitelikte taşıyan işlemler olup ayrı ayrı iptal davasına konu edilebilirler. Fakat bu, bütün sözleşmenin de geçersiz olacağı anlamına gelmemektedir. Türk hukukunda ayrılabilir işlem teorisinin uygulamasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü Fransa hukukundaki bu teorinin ortaya çıkmasına yol açan sebepler bizim hukukumuzda mevcut değildir¹⁸.

Son olarak, yine Alman hukukunda ortaya atılan *iki aşama* teorisidir. Burada birinci aşama sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreçtir ve tamamen idare hukuku kurallarına tabidir. İkinci aşama ise, sözleşmenin imzalanmasından sonraki kısımdır ve artık özel hukuk hükümleri geçerlidir. Hukukumuzda, kamu ihale sözleşmelerine temel olarak bu teorinin egemen olduğunu söyleyebiliriz¹⁹.

GÜNDAY'a göre bu sözleşmelerin iki eşit tarafın özgür iradeleri ile yapılan özel hukuk sözleşmelerinden farklı öge ve nitelikler taşıdıkları yadsınamaz. Bu sebeple idarenin 4734 s.K. ve 2886 s.K. kapsamındaki yapacağı işlere ilişkin olarak yapacağı sözleşmelerin tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olmadığı, bazı öğeleri yönünden kamu hukuku kayıt ve şartlarına tabidir²⁰.

¹⁷ Buz, s.75.

¹⁸ Buz, s.80.

¹⁹ Buz, s.85.

²⁰ Günday, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 9.Baskı, Ekim 2004, Ankara, s.201.

Yine benzer görüşte olan DERDİMAN'a göre, 4734 s.K. ve 2886 s.K.'a göre yapılan ihalelerin uygulanmasından sonra, yani sözleşmelerin yapılmasından sonraki safhaya özel hukuk hükümleri uygulanır. Ancak bir takım sözleşmeler de vardır ki bunlar bu yöntemlerle ihale edilip tamamlanmakta fakat idare hukukuna tabi olmaktadır²¹.

YAYLA'ya göre idarenin örneğin bir bina, köprü yahut havalimanının yapılmasına ilişkin sözleşme, idarenin şartnameyi tek taraflı olarak tespitten doğan yetkileri bir yana bırakılırsa, özel hukuka tabi, tarafların esas itibariyle eşit sayıldığı işlemlerdir²².

AKYILMAZ da sözleşmenin yapılmasına kadar olan aşamanın tamamen idare hukukuna tabi olduğu görüşündedir. Ancak tabiki ihale kararını takiben imzalanmış bulunan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanacak olan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümleneceği muhakkaktır²³.

GİRİTLİ - BİLGEN - AKGÜNER, sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkacak uyuşmazlıkların adli yargıda görüleceği kanaatindedir. Savunulan görüşe göre günümüzde idari sözleşmelerin uygulama alanının sınırlanmış olması ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile idari hizmet sözleşmeleri dışındaki sözleşmelerin de idari sözleşme olarak kabul edilmemesi yüzünden bu durum ortaya çıkmıştır²⁴.

GÖZÜBÜYÜK – TAN dahi kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Zira 4735 s.K.'a göre bu yasada belirtilen halle dışında sözleşme yapmak olanaksızdır. Yine 4735 s.K.m.4/f.3 uyarınca tarafların, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu ve sözleşmede buna aykırı hükümlere yer verilemeyeceği dahası kanunun buna göre yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca m.36'da da 4735 s.K.'da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür²⁵.

4735 s.K.'a tabi kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmeleri olduğu, doktrinin dışında neredeyse bütün yargı mercileri tarafından fikir birliği içerisinde kabul

²¹ Derdiman, Cengiz, **İdare Hukuku**, Alfa Aktüel Yayınları, 2007, s.554.

²² Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayınevi, Eylül 2009, İstanbul, s.165.

²³ Akyılmaz, s.303.

²⁴ Giritli, İsmail / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, **İdare Hukuku**, Genişletilmiş 3.Bası, Der Yayınları, 2008, İstanbul, s.1022.

²⁵ Gözübüyük Şeref / Tan Turgut, **İdare Hukuku Cilt 1 – Genel Esaslar**, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 5.Bası, 2007, Ankara, s.596.

edilmiştir. Hatta konu ile ilgili bir ayırım yapılması konusunda örnek olması bakımından Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen bir kararı aynen aktarıyoruz²⁶:

“ 05.01.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.2’de, bu kanunun, 4734 s.K.’a tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsadığına işaret edilmiş; m.4/f.3’te, bu kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler 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, yine aynı kanunun 36.maddesinde de, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

Anılan Yasa hükümlerine göre, tarafların eşitliği esas alınarak düzenlenen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıktır.

Olayda, 4734 s.K. hükümlerine göre yapılan ihale sonucunda İZFAŞ ile yüklenici arasında “İZFAŞ Uluslararası İhtisas Fuarı İnşaatı Yapım İşi” için 4735 s.K. hükümlerine göre sözleşme düzenlendiği; yüklenicinin taahhüdünü sözleşme ve eki şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmediği ve işi süresinde bitirememesi nedeniyle İZFAŞ tarafından sözleşmenin feshedilmesi üzerine uyuşmazlığa konu edilen davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu duruma göre, dava konusu edilen inşaat yapım sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olması karşısında, davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının başvurusunun kabulü ile İdare Mahkemesince verilen görevlilik kararının kaldırılması gerekmektedir.

SONUÇ: Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile İzmir 3. İdare Mahkemesi’nin 10.11.2004 gün ve E:2004/1212 sayılı GÖREVLİLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 16.5.2005 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.”

²⁶ UM(Hukuk Bölümü), T.16.05.2005, E.2005/16, K. 2005/36.

1.4. Kamu İhale Sözleşmelerine Hâkim Olan İlkeler

Kamu ihale sözleşmelerine hâkim olan ilkeler, Kamu İhale Kanunu m.4'te 3 fıkra halinde sayılmıştır²⁷. Bu ilkeler, ihalesi tamamlanan ve imzaya bağlanmış sözleşmeler için geçerli olup bu sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejim açısından ışık tutacaktır.

Maddenin ilk fıkrasında; *“Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.”* hükmü getirilmiştir. Buna göre taraflar arasında imzalanacak olan kamu ihale sözleşmesi, ihale dökümanında yer alan şartlar doğrultusunda kaleme alınacak ve şartnamelere herhangi bir aykırılık teşkil etmeyecektir. Kamu İhale Kurumu örnek bir kararında²⁸ yüklenici ile ihale dökümanında ve ilanda belirlenen miktar, bedel ve süreden farklı şartlarla sözleşme imzalanmış olması, 4734 s.K.m.46'ya aykırılık oluşturacağı kararına varmıştır. Zaten buradaki hüküm aynı zamanda 4734 s.K. m.46/f.2'nin de bir tekrarıdır²⁹.

4735 s.K.m.4'ün ikinci fıkrasında; *“Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.”* hükmü vardır. Bu hüküm aslında m.15 için genel bir koruma görevi görmektedir. Buna göre, kamu ihale sözleşmelerinde yapılacak değişiklikler ancak m.15 çerçevesinde yapılabilmektedir. Söz konusu maddeye göre sadece, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, işin yapılma veya teslim yeri, işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları hususlarında değişiklik yapılabilir. 2.Kısımda, bu konu üzerinde ayrıca durulacaktır.

Özellikle, üçüncü fıkra kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmesi olduğunu savunan yazarların en temel delilini oluşturmaktadır. Söz konusu fıkra; *“Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme*

²⁷ 4734 a.K. m.4/f.3: *“(1)Bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez.*

(2)Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.

(3)Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.

²⁸ Kamu İhale Kurumunun 19.06.2003 tarihli ve UK.Z-155 nolu kararı(07.07.2003 tarihli ve 25161 sayılı R.G.).

²⁹ 4734 s.K. m.46/f.2: *“İhale dokümanında belirtilen şartlara aykırı sözleşme düzenlenemez.”*

hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.” hükmünü getirmektedir.

Üçüncü fıkra ilk cümlede, tarafların sözleşmenin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahip olduğu prensip olarak kabul edilmiştir. Buna göre idare, ihale sürecinde iken olduğu gibi yükleniciye karşı avantajlı, üst bir konumda olamayacaktır. Her iki taraf da, sözleşmenin doğurduğu hak ve borçların uygulanması bakımından eşit olarak söz sahibidir. Çünkü artık sözleşme imzalanmıştır. Sözleşmenin kurulmasından sonra, idare, kamu gücü ayrıcalıklarını kanun ve imzaladığı sözleşme ile sınırlandırmıştır ve diğer tarafa üstün olan ayrıcalıklarını kaybetmiştir. Bu noktadan sonra idare ancak kanundan ve imzaladığı sözleşmeden kaynaklanan haklarını kullanabilir. Bu prensiple tarafların kendi özgür iradeleriyle imzaladığı sözleşmenin eşit zeminde uygulanması amaçlanmıştır. Dolayısıyla, imzalanan kamu ihale sözleşmesinde herhangi bir tarafın daha fazla ayrıcalığı, kamu gücüne dayanan üstünlüğü, sırf devlet olması sebebiyle tek taraflı hareket edebilme yetkisi yoktur. Bu sebeplerle burada yer alan “*eşitlik prensibi*”, kamu ihale sözleşmelerinin tam anlamıyla bir özel hukuk sözleşmesi olduğu konusunu güçlü bir şekilde destekler niteliktedir. Metin olarak değerlendirdiğimizde ise hükümde yer alan “kamu sözleşmeleri” tamlamasının hatalı olarak yazılmış olduğunu değerlendiriyoruz. Çünkü içeriğinde tamamen eşitlik vurgusu yapan bu prensibe aykırı olarak burada kamu hukuku sözleşmesi izlenimini çağrıştıracak bir tamlamaya yer verilmesi çelişki yaratmaktadır.

Üçüncü fıkranın ikinci cümlesinde tarafların sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahip olması prensibi güvence altına alınmış ve gerek ihale dokümanında gerekse imzalanacak olan kamu ihale sözleşmesinde, bu prensibe aykırı bir şekilde hüküm konulamayacağı kesin bir dille zikredilmiştir.

Üçüncü fıkranın son cümlesinde ise kamu ihale sözleşmelerinin ve temel kaynağı olan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun yorumlanmasında ve uygulanmasında bu prensibin daima göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmıştır. 4735 sayılı kanunun yorum ve uygulanmasını sağlayacak olan yargı mercileridir. Bu anlamda söz konusu eşitlik prensibinden hareketle, bu yargı mercilerinin adli yargı mercileri olduğu söylenebilir. Sonuç olarak, adli yargı mahkemeleri, tarafların sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahip olduğu prensibine bağlı kalacak ve sözleşmelerin ve 4735 sayılı kanunu yorumlarken daima bu prensibi göz önünde bulunduracaktır.

2.Kamu İhale Sözleşmelerinin Uygulanması

2.1. İçeriği

4735 sayılı kanunda kamu ihale sözleşmelerinin içeriğinin nasıl olacağı özellikle maddeler halinde sayılmıştır. “Sözleşmede Yer Alması Zorunlu Hususlar” başlıklı 7.maddeye göre kamu ihale sözleşmesinde belirtilmesi zorunlu olan şartlar tek tek gösterilmiştir. Aynı zamanda, Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan mal, hizmet alımları ile yapım işlerine ait tip sözleşmeler ve çerçeve anlaşmalara dayanılarak çıkarılan tip münferit sözleşmeler de bu şartları ihtiva etmektedir. Bu şartlar şunlardır:

- İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı.
- İdarenin adı ve adresi.
- Yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligata esas adresi.
- Varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları.
- Sözleşmenin bedeli, türü ve süresi.
- Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı.
- Sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği (4735 s.K. m.8).
- Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dahil olacağı.
- Vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği.
- Montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar.
- Kesin teminat miktarı ile kesin teminatın iadesine ait şartlar (4734 s.K. m.43, 4735 s.K. m.13, m.14).
- Garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar.

- İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları.
- Gecikme halinde alınacak cezalar.
- Mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları, sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler (4735 s. K. m.10, m.23, m.24).
- Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar (4735 s. K. m.11).
- Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar.
- Sözleşmede değişiklik yapılma şartları.

Bu bentte sayılan şartlar, 4735 s. K. m.15 uyarınca ve bu hükme aykırı olmamak üzere düzenlenecektir. Bu anlamda örneğin sözleşmenin bedeli, konusu, türü hakkında veya 4735 s.K.'da düzenlenen fesih hallerinden başka fesih türleri öngören ya da teminat, cezai şart, fiyat farkı hükümlerinde, sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılabileceğine ilişkin hükümler konulamaz. Konulan bu gibi hükümler Borçlar Kanunu m.27 uyarınca hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşacaktır. Ama tabii ki sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur³⁰ (TBK m.27/f.2).

- Sözleşmenin feshine ilişkin şartlar.
- Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları.
- İhale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu.
- Anlaşmazlıkların çözümü.

³⁰ Kırkbeşoğlu, Nagehan, **Kısmi Hükümsüzlük**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Kasım 2011, s.105 vd., Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Mart 2013, s.185. Reisoğlu, Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, 23.Bası, İstanbul, Ağustos 2012, s.140. Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, 2.Baskı, İstanbul, Eylül 2012, s.82. Kocayusufoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s.598.

İdare ile yüklenici arasında yapılacak olan kamu ihale sözleşmesinde tüm bu unsurların bulunması zorunludur. Bu madde, öncelikle sözleşme özgürlüğü prensibine aykırı gibi gözükebilir. Fakat bu şartlar, sözleşme güvenliğini sağlamak için kanun ile öngörülmüştür. Ayrıca hem kamu ihale sözleşmelerine hâkim olan ilkelere bir aykırılık oluşturmamıştır hem de genel hükümlerin uygulanmasına mani olacak bir durum yoktur. Çünkü bu şartlar ayrıntılı bir düzenleme olmayıp sadece düzenleyici niteliktedir. Örneğin işin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartlarının sözleşmede belirtilmesi zorunlu kılınmıştır. Ancak işin nerede yapılacağı veya teslimin nasıl olacağı gibi taraflardan birinin lehine herhangi bir ayrıcalık tanıyan hükme yer verilmemiştir.

BUZ'a göre de 4735 s.K.m.7 hükmü TBK m.27 anlamında bir emredici hüküm olmayıp, idareye yönelik talimatlar ihtiva eden düzenleme niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, kamu ihale sözleşmesinin kurulmuş sayılabilmesi için, tarafların, ihale dokümanları üzerinde anlaşmış olmaları yeterlidir. Ancak, 4735 s.K. m.5 uyarınca, idarelerce yapılacak sözleşmeler tip sözleşme hükümleri esas alınarak düzenleneceği için, aynı kanunun m.7 hükmünde sayılan hususlara yer vermeyen bir kamu ihale sözleşmesi pratikte söz konusu olmayacaktır³¹. Örneğin İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları sözleşmede zorunlu bir unsur olarak yer alabilir, ancak bu hükümler m.15'e göre değiştirilebilir.

KİK'in bir kararına göre³² "Yüklenici ile idare arasında imzalanan sözleşmenin, mal alımı ihalelerine ait tip sözleşmelerde yer alan bazı maddeleri içermediği görülmekle birlikte, sözleşmede yer verilmeyen maddelerin ihalenin niteliği ile ilgili maddeler olmadığı, sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurların düzenlendiği görülmekle, bu aykırılık ihalenin iptalini gerektirecek bir aykırılık olarak değerlendirilmemiştir. Bu sebeple, 4734 s.K. m.56/f.2-c uyarınca şikayetin uygun bulunmadığına karar verilmiştir."

4735 m.5'e göre uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin tip sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır ve idarelerce yapılacak sözleşmeler tip sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. Ancak mal ve hizmet alımlarında, KİK'in uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutlak olan sözleşmeler kullanılabilir.

³¹ Buz, s.356.

³² KİK, Uyuşmazlık Kurulu Kararı, Tarih 17.09.2003/UK.Z-440, R.G: 11.10.2003-25256.

2.2. Taraflar

2.2.1. İdare

Kamu ihale sözleşmesinin tarafı olan idare, ihaleyi yapan ve 4734 s.K. kapsamına giren kurum ve kuruluşları ifade eder. Aynı kanunun 2.maddesinde bu kurum ve kuruluşlar, yine 3.maddede ise bunların istisnaları sayılmıştır. Bu kurumlar kısaca şunlardır:

- Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri³³ ile özel bütçeli idareler³⁴, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

- Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri. Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Ek-A ve Ek-B'de sayılan kamu iktisadi teşebbüslerdir.

- Sosyal güvenlik kuruluşları³⁵, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar. Burada odalar ve borsalar ile özel üniversiteler kapsam dışında tutulmuştur.

Yukarıda sayılanların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese³⁶, birlik, işletme³⁷ ve şirketler.

Son olarak ta 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar ile bu bankaların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları şirketlerin yapım ihaleleri kamu ihale sözleşmelerinin tarafını oluştururlar. Burada bu bankaların mal ve hizmet alımları ihaleleri kanun kapsamının dışında tutulmuştur. 4603 s.K.'a tabi bankalar ise Ziraat Bankası A.Ş. ve Halk Bankası A.Ş.'dir³⁸.

³³ 5018 s.K. (I) Sayılı Ek Cetvel.

³⁴ 5018 s.K. (II) Sayılı Ek Cetvel.

³⁵ 5018 s.K. (IV) Sayılı Ek Cetvel.

³⁶ Müessese; sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olup, ona bağlı işletme veya işletmeler topluluğudur (233 s.KHK m.2).

³⁷ İşletme; müesseselerin ve bağlı ortaklıkların mal ve hizmet üreten fabrika ve diğer birimleridir (233 s.KHK m.2).

³⁸ 4603 s.K. kapsamında olan Emlak Bankası daha sonra lağvedilerek hisseleri diğer bankalara pay edilmiştir ve bu kanuna tabi olan banka sayısı ikiye düşmüştür.

2.2.2. Yüklenici

4734 s. K.m.4'e göre *yüklenici*, *üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekliyi* ifade eder. Yerli³⁹ veya yabancı istekliler ilk önce başvuracakları ihale için aday sıfatına haiz olurlar. Ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişiler veya bunların oluşturdukları ortak girişimler aday statüsüne girerler. Ardından ihale konusu alanda faaliyet göstermek şartıyla bu gerçek veya tüzel kişiler ya da bunların oluşturdukları ortak girişimler, ihale veya ön yeterlik dokümanı satın alarak istekli olabilirler.

Bu durumda mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidine istekli denir. İstekli, tüm ihale aşamalarının ardından ihale üzerine bırakıldıktan sonra yüklenici olmaz. Bir tarafı idare olan kamu ihale sözleşmesini imzaladıktan sonra yüklenici sıfatına haiz olur ve yüklenicinin yükümlülüklerinden sorumlu tutulur.

Mal alımı ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimlere *tedarikçi* denir. Buradaki mal kavramından satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları anlaşılır (4734 s. K.m.4).

Hizmet alımı ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimlere ise *hizmet sunucusu* adı verilir. 4734 s.K.m.4 uyarınca hizmet denilince; bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri anlaşılır.

4734 sayılı kanunda bir de *danışman* adı altında hizmet sunuculuğu daha vardır. Buna göre, danışmanlık yapan, bilgi ve deneyimini idarenin yararı için kullanan, danışmanlığını yaptığı işin yüklenicileri ile hiçbir organik bağ içinde bulunmayan, idareden danışmanlık hizmeti karşılığı dışında hiçbir kazanç sağlamayan ve danışmanlık hizmetlerini veren hizmet sunucuları demektir.

³⁹ Yerli istekli: Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilikleridir(4734 s.K.m.4).

Son olarak, yapım işi ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişiler veya bunların oluşturdukları ortak girişimlere *yapım müteahhidi* adı verilir. Burada sözü edilen yapım ise 4734 s.K. anlamında bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini içine alır.

Yüklenici gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi ortak girişim de olabilir. Ortak girişim ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumlardır. Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir. İş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayrılarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar (4734 s.K.m.14).

4734 s.K.m.15'e göre ihale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, işin bir bölümü veya tamamı alt yüklenicilere yaptırılabilir. Yalnız bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (4735 s.K.m.30, m.32).

3.Kamu İhale Sözleşmelerinin Türleri

3.1.Genel Olarak

Kamu ihale sözleşmelerinin türleri 4735 s.K. m.6'da düzenlenmiştir. Buna göre Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda, yapım işleri ihaleleri için toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme ve karma sözleşme, mal veya hizmet alımı işlerinin ihaleleri için toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşme ve çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanan münferit sözleşme kamu ihale sözleşmelerinin türlerini oluşturmaktadır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere, Kamu İhale Kurumu tarafından mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin *tip sözleşmeler* çıkartılmıştır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler tip sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir (4735 s.K. m.5). Bu hükme dayanılarak hazırlanan mal, hizmet ve yapım işlerinin uygulama yönetmelikleri yürürlüğe girmiş ve her bir ihale uygulama yönetmeliğinde EK-7 olarak tip sözleşmeler yayınlanmıştır.

Ancak bu sözleşmeler, kullanılması kanunen mecburi kılınmış sözleşmeler değildir. Yani idare ve yüklenici arasında tip sözleşmeler değil de, m.7'deki hususlara yer verilmiş kendine özgü bir kamu ihale sözleşmesi düzenlenmiş olabilir. Bu durumda böyle bir sözleşme geçersiz sayılmayacaktır. Çünkü 4735 s.K. m.5'e dayanarak çıkartılan tip sözleşmeler, kamu ihale sözleşmeleri için birer örnek niteliğinde olup, mutlaka uygulanması gereken geçerlilik şartı değildirler.

3.2. Mal veya Hizmet Alımı İşleri

Mal veya hizmet alımı işlerinde, idare ile yüklenici arasında ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşme imzalanır. Kısaca, satın alınacak olan şeyin miktarı veya alınacak olan hizmetin ölçüsü bellidir ve istekli buna karşılık olmak üzere götürü(toptan) bir fiyat verir. Eğer kabul edilirse bu fiyat üzerinden ihale edilir ve sözleşmeye bağlanır. Burada idare, mal veya hizmetin miktarını ortaya koyar. İstekli ise fiyat teklifinde bulunur.

Mal ve hizmet alımlarında, Kamu İhale Kurumunun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından hazırlanması mutata olan sözleşmeler de kullanılabilir (4735 s.K. m.5/f.2).

Söz konusu düzenlemede yer alan 'mutata olan sözleşmeler' ifadesiyle her idarenin 4734 sayılı Kanunda belirtilen ihale usullerinden uygun olanını seçmek suretiyle yapmış olduğu ihalelere ilişkin kullanmak zorunda olduğu tip sözleşmelerin yerine geçmek üzere kendi özel sözleşmelerini hazırlaması kastedilmemektedir. Bunun yerine,

- Finansal,
- Kiralama,

- Abonelik,
- Bakım,
- Onarım,
- Danışmanlık

Ve benzeri alanlarda ilgili mevzuatı uyarınca bu hizmetleri sunan idareler veya özel hukuk kişileri tarafından hazırlanan ve uzun süre boyunca uygulamada yaygın kullanılmaları neticesinde kabul gören sözleşmeler kastedilmektedir⁴⁰.

Yukarıda benzer örnekleri sayılan türde mutata sözleşmelerin kullanılabilmesi 4735 s.K. m.5'te açıkça ifade edildiği üzere Kamu İhale Kurumundan uygun görüş alınması suretiyle mümkün bulunmaktadır. Bu nedenle ilgili idarelerin bu sözleşmelere ilişkin olarak ihaleye ilişkin tüm bilgileri ve sözleşmenin bir örneğini de eklemek suretiyle Kurumdan uygun görüş almaları ve uygun görülen mutata sözleşmeleri kullanmaları gerekmektedir.

Bu mutata sözleşmelere ilişkin Kamu İhale Kurumundan alınacak uygun görüşün ihale dokümanı hazırlanmadan önce alınması ve uygun görüş alınan mutata sözleşme örneğinin de tip sözleşme yerine ihale dokümanı içerisinde isteklilere sunulması gerekmektedir. Ayrıca Kamu İhale Kurumunun düzenleyici kararları ile duyurulan mutata sözleşme örneklerinin aynen kullanılması halinde Kurumdan tekrar uygun görüş alınmasına gerek bulunmamaktadır⁴¹.

Mutata sözleşmeler yine Kamu İhale Kurumunun uygun görüşünün alınması suretiyle danışmanlık hizmeti ihalelerinde de kullanılabilir⁴². Ancak yapım işleri ihaleleri için mutata sözleşmelerin kullanılması öngörülmemiştir.

3.3. Yapım İşleri

4735 s.K m. 6'da yapım işleri ihaleleri için 3 çeşit sözleşme öngörülmüştür. Bunlar:

- Toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme,
- Toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme,

⁴⁰ 22.08.2009 tarihli ve 27327 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu İhale Genel Tebliği m.23.1.

⁴¹ Kamu İhale Genel Tebliği m.23.1.2.

⁴² Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (04.03.2009 Tarih, R.G.Sayı: 27159/M).

- Karma sözleşmedir.

Bunlardan ilki, uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşmedir. Bu sözleşme türünde istekli, uygulama projelerine dayanarak bütün yapım işini içine alan bir götürü(toptan) bedel teklifinde bulunur. Götürü bedele göre düzenlenen yapım sözleşmelerinde yapılan kısmın fiziki oranına göre götürü bedelin ne miktarının ödeneceğine karar verilir⁴³. Bu noktada çıkan anlaşmazlıklar daha çok eksik işin karşılığının hesaplanması noktasında karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay'ın 06.12.1979 tarihli bir kararına göre götürü bedelde, eksik işlerin karşılığını bulmak için, yüklenicinin inşaattan elini çektiği gündeki durumuna göre, kullanma ve işletme amacı göz önünde tutularak, inşaatın fiziksel olarak kaçta kaçının yapıldığı saptanmalı ve bulunacak orantı götürü bedele uygulanmalıdır⁴⁴. Yine başka bir kararda, eserin tamamlanması için gerekli olan miktarın bilirkişi aracılığıyla eksikliklerin neler olduğu ve bunların dava tarihinde piyasa rayicine göre tutarlarının saptanarak bulunacağına hükmedilmiştir⁴⁵.

Diğer sözleşme türü ise 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 birim fiyat sözleşmedir. Burada birden fazla iş kalemi vardır. Her bir kalem de içerisinde birimlere ayrılır. Bu noktada istekli, bir birim için fiyat teklifinde bulunur. Sonra o fiyat ile birim sayısı çarpılarak bir kaleme ait toplam bedel bulunur. Her bir kalem bu yöntemle ayrı ayrı bulunduktan sonra toplanır ve ortaya çıkan toplam bedel üzerinden sözleşme imzalanır.

Bir diğer sözleşme türü ise karma sözleşmedir⁴⁶. Adından da anlaşılacağı üzere burada 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 sözleşme imzalanması söz konusudur.

⁴³Yargıtay'ın kararına göre anlaşmazlık halinde bu oranın belirlenmesinde bilirkişiye başvurulur, delil olarak senet, imzalı belgeler değerlendirilir, yemin teklifi hatırlatılır, Y:15.HD, T.06.06.1994, E.1994/5259, K.1994/3640.

⁴⁴ Y.15.HD T.06.12.1979, E.1979/1331, K.1979/1440.

⁴⁵ Y.15.HD T.23.05.1979, E.1979/955, K.1979/1237.

⁴⁶ Yavuz, Cevdet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayınevi, 11.Baskı, İstanbul, Ekim 2012, s.11. Aral, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayınevi, Genişletilmiş 9.Baskı, Ankara, Ekim 2012, s.53. Serozan, Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, 2.Baskı, İstanbul 2006, s.66.

3.4. Münferit Sözleşmeler

4735 s.K. anlamında bir münferit sözleşme düzenlenebilmesi için öncelikle bunun dayanağı olacak bir çerçeve anlaşmanın bulunması gerekir. Çerçeve anlaşmalar 4734 s.K.m.4'te verilen tanıma göre, bir veya birden fazla idare ile bir veya birden fazla istekli arasında, belirli bir zaman aralığında gerçekleştirilecek alımların özellikle fiyat ve mümkün olan hallerde öngörülen miktarlarının tespitine ilişkin şartları belirleyen anlaşmalardır. BARLAS'a göre çerçeve sözleşme, aynı türden birden fazla sözleşme akdetmeye niyetli olan kişilerin, her bir sözleşmenin kuruluşu esnasında ayrıca kararlaştırılmasına gerek kalmaksızın, belirli birtakım şartların kısmen veya tamamen bu sözleşmelerde yer almasında şimdiden mutabık kalmalarıdır⁴⁷. Çerçeve anlaşmalara biraz daha ayrıntılı bir şekilde 4734 s.K. Ek Madde 2'de yer verilmiştir. Ancak hem çerçeve anlaşmalar hem de münferit sözleşmeler konusunda asıl kaynak, çerçeve anlaşmalar ve buna dayanılarak imzalanan münferit sözleşmelerin prensiplerini ve özelliklerini ayrıntılı bir şekilde ortaya koyan Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliğidir⁴⁸. Çerçeve anlaşmaların kendine özel hükümleri vardır. Örneğin çerçeve anlaşmaların süresi 48 ayı geçemez ve çerçeve anlaşma kapsamında yapılan münferit sözleşmelerde, sözleşmenin ifasının çerçeve anlaşma süresi içerisinde gerçekleştirilmesi zorunludur (ÇAIUY m.5/b,c). Ayrıca, çerçeve anlaşma imzalayabilecek istekli sayısının üçün altına düşmesi halinde ihale iptal edilir (ÇAIUY m.41).

Çerçeve sözleşmeler yapılabilmesi imkânının tanınması ihale işlemlerine esneklik kazandırmaktadır. Çerçeve sözleşme yapmak suretiyle idareler, zaman içerisinde sürekli ihtiyaç duyduğu edimler bakımından tekrar tekrar ihale yapmak külfetinden kurtulur ve ihale masrafları oranında tasarruf sağlar. Yapılacak bir çerçeve sözleşme ile idareler, ileride ihtiyaç duyduğu edimleri ifa edebilecek isteklileri ve ifanın şartlarını tespit eder. Çerçeve sözleşmenin tek bir idare tarafından yapılması şart değildir; aynı edime ihtiyaç duyan birden fazla idare bir araya gelerek, deyim yerinde ise merkezi bir ihale yapabilir. Ayrıca merkezi olarak yapılacak ihalede, üçüncü şahıs lehine bir sözleşme yapılması suretiyle, çerçeve sözleşmenin tarafı olmayan bir idareye de ileride ihtiyaç duyduğu edime ilişkin münferit

⁴⁷ Barlas, Nami, **Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri**, Prof.Dr.Erdoğan Moroğlu'na 65.Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s.808.

⁴⁸ 04.03.2009 Tarih, RG Sayı: 27159/M.

sözleşme yapılmasını talep etme hakkı tanınabilir. Ancak hangi idarelere bu hakkın tanındığının çerçeve sözleşmede açıkça belirlenmiş olması gerekir⁴⁹.

ÇAIUY ile beraber, uygulama birliği sağlamak üzere tip münferit sözleşmeler yayınlanmıştır⁵⁰. Düzenlenecek olan çerçeve anlaşma ve münferit sözleşmede belirtilmesi zorunlu olan hususları belirlemeye KİK yetkilidir (4735 s.K. m.6/son)

İdareler, ihtiyaç duydukları mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin olarak açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulünü uygulamak kaydıyla çerçeve anlaşmalar yapabilirler. 4735 s.K.m.5/e uyarınca çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanacak olan bir münferit sözleşme düzenlenir. Yani burada idare ile istekliler arasında önce bir çerçeve anlaşma yapılır. Daha sonra ÇAIUY m.43 uyarınca listedeki isteklilerden birisi ile münferit sözleşmeler imzalanır. Yalnız burada özel bir durum söz konusudur. Çünkü çerçeve anlaşma yapılmış olması idareye alım yapma yükümlülüğü getirmez. İdare çerçeve anlaşma kapsamındaki ihtiyaçlarını 4734 s.K'da yer alan diğer usulleri kullanmak suretiyle de temin edebilir (ÇAIUY m.5/d). Burada idarenin sorumluluğu münferit sözleşmenin imzalanmasından sonra başlar.

4.Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Ermesi

4.1.Genel Olarak

Kamu ihale sözleşmesinin sona erebileceği haller 4735 s.K'da sayılmıştır. Buna göre:

- Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti (m.17).
- Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyet (m.18).
- Yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi (m.19).
- İdarenin sözleşmeyi feshetmesi (m.20).
- Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih (m.21)
- Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshi (m.23)

⁴⁹ Buz, s.241.

⁵⁰ Mal Alımlarına Ait Tip Münferit Sözleşme (EK: 4), Hizmet Alımlarına Ait Tip Münferit Sözleşme (EK: 5), Yapım İşleri İhalelerine Ait Tip Münferit Sözleşme (EK: 6),

- Sözleşmenin uygulanması sırasındaki karşılaşılabilecek yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih (m.25)

Hallerinden birisi varsa ve diğer şartların da oluşması kaydıyla imzalanan kamu ihale sözleşmesinin sona ermesi söz konusu olabilir. Burada öncelikle yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti gibi halleri (m.17-m.18) ardından fesih konusu incelenecektir (m.19-m.25).

4.2. Yüklenicinin Ölümü, İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu Veya Mahkûmiyeti

Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti hallerinde uygulanacak olan hükümler 4735 s.K.m.17 ve m.18'de belirtilmiştir. Kanun koyucu burada yüklenici olan tarafın tek başına ve ortak girişim⁵¹ olmasına göre ayırım yapmıştır. Önce m.17'deki yüklenicinin tek gerçek veya tüzel kişi olduğu durumlar incelenecektir.

İlk olarak yüklenicinin ölümü üzerinde durmak gerekir. Yüklenicinin ölümü halinde, sözleşme feshedilmek suretiyle hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminatları ve varsa diğer alacakları varislerine verilir. Bu tasfiye işlemine uygulanacak hükümler 4735 s.K.m.36'dan hareketle Borçlar Kanunu hükümleridir. Normalde sözleşme kişiseldir. Gerçek kişinin ölümü halinde işin yürütülmesi varislere intikal etmez. Anlaşmaya da ölümden sonra işin varislere intikal edeceği hakkında bir hüküm konulamaz. Böyle bir hüküm konulması idarenin karşı tarafı seçme serbestliğine aykırıdır⁵². Ancak burada kanunen murisin varislerine bir öncelik hakkı tanınmıştır. Buna göre muris ile aynı şartları taşıması ve idarenin uygun görmesi koşulu ile varisler, ölüm tarihini izleyen otuz gün içinde varsa ek teminatlar dahil taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı vermeleri şartıyla sözleşmeyi devralabilirler. Bu hüküm aile şirketlerini korumak ve kamu hizmetlerinde devamlılığı sağlamak bakımından önemlidir.

⁵¹ 4734 s.K.m.4'e göre ortak girişim, ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumlardır.

⁵² Akyılmaz, s.326.

Burada bir özel durumdan daha söz etmek gerekir. Özellikle yapım işi ihalesi sözleşmelerinde 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 yükümlüdür⁵³ (TBK m.486). Kanunun bu hükmünün yüklenicinin kendine has özellikleri dolayısıyla seçildiği yapım işleriyle ilgili kamu ihale sözleşmelerine de uygulanması gerekir.

Yüklenicinin iflas etmesi halinde ise, sözleşme idare tarafından feshedilerek yasaklama hariç olmak üzere 4735 s.K.m.22'ye göre işlem yapılır.

Ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti nedeni ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi halinde, bu durumun oluşunu izleyen otuz gün içinde yüklenicinin teklif edeceği ve ilgili idarenin de kabul edeceği birinin vekil tayin edilmesi koşuluyla taahhüde devam edilebilir. Ancak, yüklenicinin kendi serbest iradesi ile vekil tayin edecek durumda olmaması halinde, yerine ilgililerce aynı süre içinde genel hükümlere göre bir yasal temsilci tayin edilmesi istenebilir. 30 günlük süre içinde kendiliğinden vekil tayin edilmemesi veya yasal temsilci talep edilmemesi halinde, sözleşme yine idare tarafından feshedilir ve yasaklama hariç yüklenici hakkında 4735 s.K.m.22'ye göre işlem yapılır. Burada idare açısından harcama yetkilisinin olur vermesi koşuluyla 4735 s.K.m.16 kapsamında sözleşmenin aynı yeterliliği taşıyan başka bir yükleniciye devredilmesi de alternatif bir yol olarak gözükmetedir⁵⁴.

4735 s.K.m.18'de ise yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkumiyet hallerinde uygulanacak olan hükümler belirtilmiştir.

Söz konusu hükme göre ortak girişimlerce yerine getirilen taahhütlerde, ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması sözleşmenin devamına engel olmaz. Ancak, bunlardan biri idareye pilot veya koordinatör ortak olarak bildirilmiş ise, pilot veya koordinatör ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre iflas, ağır hastalık, tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet veya dağılma hallerinde, sözleşme idare tarafından feshedilerek

⁵³ Zevkliler, Aydın, Havutçu, Ayşe, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Seçkin Yayınevi, 9.Baskı, Ankara, 2007, s.304 vd. Yavuz, s.435. Aral, s.315.

⁵⁴ Doğanyığıt, s.1325.

yasaklama hariç haklarında m.22 uygulanır. Yargıtay'ın da ortaklardan birinin acze düşmesi ile ilgili bir kararına göre, karşılıklı yükümlülükleri içeren bir sözleşmenin yerine getirilmesinin tehlikeye düştüğü durumlarda; taraflardan birinin acze düşmesi veya iflas etmesi ya da aleyhindeki haczin sonuçsuz kalması karşısında, diğer yanın hakkının tehlikeye düştüğü kabul edilerek fesih yoluna gidilebilir⁵⁵.

Pilot veya koordinatör ortağın ölümü halinde ise sözleşme feshedilmek suretiyle yapılmış olan işler tasfiye edilerek kesin teminat iade edilir. Bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde de, teminat dâhil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir. Burada tek başına yüklenici olan gerçek kişilerin varislerine tanınan öncelik hakkı, pilot veya koordinatör olmayan diğer ortaklara tanınmıştır.

Pilot veya koordinatör ortak dışındaki ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması halinde, diğer ortaklar teminat dâhil işin o ortağa yüklediği sorumlulukları da üstlenerek taahhüdü yerine getirirler (4735 s.K.m.18/2).

Ortak girişimi oluşturan ortaklardan birinin yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu ortaya çıkması halinde izlenecek yöntem konusunda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir⁵⁶:

- Yasak fiil veya davranış ihale süreci içinde, sözleşme imzalanmadan önce gerçekleşmiş ise:

Ortak girişim ortaklarından bir veya birden fazla ortağın yasak fiil veya davranışa iştirak etmesi halinde yasak fiil veya davranışı işleyen ve iştirak eden ortaklar hakkında 4734 s.K. m.58 hükmü uygulanacaktır. Yasak fiil veya davranışa iştirakin bulunmaması halinde yalnızca fiil veya davranışı işleyen ortak veya ortaklar hakkında 4734 s.K. m.58 hükmü uygulanacaktır.

- Yasak fiil ve davranış sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşmenin uygulanması sırasında gerçekleşmiş veya tespit edilmiş ise:

⁵⁵ Y.15.HD. T.13.09.1989, E.1989/2347 K.1989/3466.

⁵⁶ Kamu İhale Genel Tebliği, 22.08.2009 Tarih, RG Sayı: 27327, m. 28.1.7.

a) İhale sürecinde gerçekleştirilen 4734 s.K. m.17’de sayılan yasak fiil veya davranışlar nedeniyle bu fiil ve davranışta bulunan veya iştirak eden ortaklar hakkında yasaklama kararı verilecek ve 4735 s.K.m.21 gereğince sözleşme feshedilecektir.

b) Sözleşmenin imzalanmasından sonra 4735 s.K.m.25’te sayılan yasak fiil veya davranışlar nedeniyle bu fiil ve davranışta bulunan veya iştirak eden ortaklar hakkında yasaklama kararı verilecek ve sözleşmenin 4735 s.K.m.18’de yapılan düzenlemeye paralel olarak feshedilmesi gerekecektir.

4.3. Fesih

Kamu ihale sözleşmelerinin idare veya yüklenici tarafından ya da Kamu İhale Kurumu(KİK) tarafından feshi sebebiyle sona ermesi 4735 s.K.m.19 - m.23 hükümleri arasında düzenlenmiştir.

İlk olarak, 4735 s.K.m.19’da yüklenicinin kamu ihalesini feshi düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında olmak üzere yüklenici, mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyecek durumda olabilir. Böyle bir durumda, gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme yüklenici tarafından feshedilerek hesabı borçlar kanunu hükümlerine göre tasfiye edilir. Burada, yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır (4735 s.K.m.22/f.1).

Yargıtay’ın konu ile ilgili bir kararına göre de karşılıklı yükümlülükleri içeren bir sözleşmenin yerine getirilmesinin tehlikeye düştüğü durumlarda; taraflardan birinin acze düşmesi veya iflas etmesi ya da aleyhindeki haczin sonuçsuz kalması karşısında, diğer yanın hakkının tehlikeye düştüğü kabul edilerek fesih yoluna gidilebilir⁵⁷.

İdare tarafından kamu ihale sözleşmesinin feshi ise 4735 s.K.m.20’de düzenlenmiştir. Buna göre iki halde sözleşme idare tarafından feshedilir. Ayrıca, protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı Borçlar Kanunu hükümlerine göre tasfiye edilir.

⁵⁷ Y.15.HD. T.13.09.1989, E.1989/2347 K.1989/3466.

Bu hallerden ilki, yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halidir. Buradaki 10 günlük sürenin dolması itibariyle sözleşme feshedilmiş sayılır (4735 s.K.m.22/f.1).

Bir diğeri ise sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 4735 s.K.m.25'te sayılan yasak fiil veya davranışlarda⁵⁸ bulunduğu tespit edilmesi durumudur. Burada tespit işlemi itibariyle sözleşme feshedilmiş sayılır (4735 s.K.m.22/f.1). Bu iki durumda idare, kamu ihale sözleşmesini feshedebilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından, zararın tespitiyle ilgili verilen bir karara göre, sözleşmenin idare tarafından haklı bir sebebe dayanılarak feshi halinde idare ancak Borçlar Kanununun genel hükümleri olan m.108'e göre (6098 s.K.m.125) olumsuz zararını talep edebilir. Sözleşmenin ifa edileceğine güvenmekten doğan zarar olarak tanımlayabileceğimiz olumsuz zararın içine, sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan masraflar ile daha elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zararlar girer. Somut olayda; ilk ihalede, davalı yüklenicinin teklifine en yakın teklifte bulunan diğer katılanın önerdiği miktar (iş sahibinin kaçırdığı fırsat) ile ikinci ihalede üstlenilen miktar (iş sahibinin ödemek zorunda kaldığı bedel) arasındaki fark ve yapılan masraflar, davacı iş sahibinin (idare) olumsuz zararını teşkil eder⁵⁹. Yargıtay'ın konuyla ilgili başka bir kararına göre ilk ihalede, davalı yüklenicinin teklifine en yakın teklifte bulunan diğer katılanın önerdiği tutar ile ikinci ihalede üstlenilen tutar arasındaki fark ve yapılan masraflar davacı iş sahibinin olumsuz zararıdır. Öte yandan, sözleşmede veya eki şartnamelerde, fesih halinde iş sahibinin her türlü zarar ve ziyanı ile iki ihale arasındaki farkı isteyebileceğine dair hüküm yoktur. Bu durumda, olumsuz zarara hükmedilmesi gerekirken, salt iki ihale arasındaki farka hükmedilmesi doğru değildir⁶⁰.

⁵⁸ 4735 s.K.m.25: "Sözleşmenin uygulanması sırasında aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
- c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.
- d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.
- e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.
- f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.
- g) Sözleşmenin 16 ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması."

⁵⁹ Y.HGK T.17.01.1990 Sayı 13/392-1.

⁶⁰ Y.15.HD. T.18.09.1995, E.1995/4410, K.1995/4735.

Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih 4735 s.K.m.21’de hüküm altına alınmıştır. Buna göre yüklenicinin, ihale sürecinde 4734 s.K.’a göre yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı Borçlar Kanunu hükümlerine göre tasfiye edilir. Burada da tespit işlemi itibariyle sözleşme feshedilmiş sayılır (4735 s.K.m.22/f.1).

Ancak, taahhüdün en az % 80’inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla;

- İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,
- Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,
- Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması,

Hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 4735 s.K. m.26’ya göre yasaklama işlemi yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir.

Bunun dışında 4734 s.Km.55’te belirtilen hallerde ve sürede KİK’e yapılan itirazın şikayet başvuruları üzerine yapılan inceleme sonucunda; anılan kanun m.54/f.10-a bendi gereğince ihale işlemleri KİK tarafından iptal edilen ihalelerde, iptal kararı öncesi imzalanan sözleşmelerin 4735 s.K. ve Borçlar Kanunu hükümlerine göre tasfiye edilmesi gerekmektedir⁶¹.

Buraya kadar gördüğümüz m.19, m.20 ve m.21 uyarınca sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında m.26 hükmüne göre yasaklama işlemi yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir (4735 s.K.m.22/f.5). Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez (4735 s.K.m.22/f.4).

⁶¹ Kamu İhale Genel Tebliği, 22.08.2009 Tarih, RG Sayı: 27327, m.25.2.

4735 s.K'da idare ve yüklenici tarafından yapılan fesihler dışında bir de mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshi düzenlenmiştir (4735 s.K.m.23). Söz konusu hükme göre mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar yükleniciye iade edilir.

4735 s.K. anlamında mücbir sebepler m.10'da sıralanmıştır. Buna göre mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller şunlardır:

- Doğal afetler.
- Kanuni grev.
- Genel salgın hastalık.
- Kısmî veya genel seferberlik ilânı.
- Gerekliğinde KİK tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.

Sözleşmenin feshi gibi durumlarda, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur (4735 s.K.m.10/f.2).

4735 sayılı Kanunda düzenlenen haliyle mücbir sebepler, yüklenicinin sözleşme konusu işi sözleşmede belirtilen şartlarda yapmasını engelleyen durumlardır. Maddede sayılan hallerin taahhüdün ifasını engellemesi durumunda yüklenici tarafından süresi içerisinde idareye mücbir sebep başvurusunda bulunulması gerekmektedir. Yüklenicinin talebinin mevzuat çerçevesinde sonuçlandırılması hususundaki yetki ve sorumluluk idarededir. Anılan hükümde belirtilen şartların varlığı durumunda, idarece yapılan değerlendirme sonucunda mücbir sebep nedeniyle süre uzatımı verilmesi veya sözleşmenin feshi yönünde karar alınabilecektir. Örneğin süre uzatımına ilişkin başvurularda, yüklenicinin mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen 20 gün içinde idareye başvurması, mücbir sebep oluşturan olayları belgelemesi ve idare tarafından, meydana gelen olayın iş üzerinde gecikmeye tesiri olup olmadığı ve bu gecikmenin yüklenici kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığının incelenmesi ve buna göre karar verilmesi gerekmektedir⁶².

⁶² Kamu İhale Genel Tebliği, 22.08.2009 Tarih, RG Sayı: 27327, m.25.3.2.

Yargıtay'ın emsal bir kararına göre mücbir sebep ancak sözleşmeden sonra meydana gelen ve borcun ödenmesi olanağını ortadan kaldırıp giderilmesi borçlunun elinde olmayan sebeptir. Bu bakımdan sözleşmeden sonra fiyatların yükselmesi mazeret gösterilerek mücbir sebepten bahisle icabın yerine getirilmesi geçerli bir neden değildir. Kaldı ki, ticari hayatta kar ve zararın eşit ihtimaller olduğu ve satıcının da vaktinde tedbir almış olması gerektiğinden meselenin zorunluluk hali ile izahı yapılamaz⁶³.

Yükleniciler tarafından idareye yapılan başvurularda hükümde sayılan mücbir sebep hallerinin dışında bir sebebin söz konusu olması ve maddede sayılan diğer şartların bulunması durumunda, konunun mücbir sebep olarak belirlenmesi talebiyle idareler tarafından KİK'e başvurulması mümkün bulunmaktadır. KİK'e yapılacak başvurularda gereksiz yazışmalara sebebiyet verilmemesini teminen, yüklenicinin mücbir sebep talebini oluşturan olayları belgelemek üzere idareye sunduğu belgeler ile varsa idarenin yaptığı incelemede ulaştığı belgelerin de gönderilmesi ve idarenin konuya ilişkin görüşünün açık olarak belirtilmesi gerekmektedir⁶⁴.

KİK tarafından mücbir sebep olarak kabul edilebilecek benzeri diğer hallere ilişkin olarak genel bir belirleme yapılmaktadır. 4735 s.K.m.10'da sayılan mücbir sebep hallerine bakıldığında bu durumlarda hem öngörülmezlik⁶⁵, hem de önlenemezlik şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerektiği açıktır. Bu sebeple KİK tarafından belirlenecek "benzeri diğer haller" için de bu iki kriterin bir arada sağlanması şartı aranmaktadır. Buna göre idarelerce yapılacak başvurularda mücbir sebep olarak belirlenmesi istenilen durumun öngörülmezlik ve önlenemezlik kriterlerini birlikte taşıması gerekmektedir⁶⁶.

Kuruma yapılan başvuruların birçoğunda mücbir sebep kabul edilmesi talep edilen durumun yükleniciler açısından öngörülmezlik ve önlenemezlik kriterlerini taşımadığı görülmektedir. Örneğin sözleşme konusu edimin ifa edilebilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasının, müdebbir bir tacir olarak yüklenicinin sorumluluğunda bulunduğu açıktır. Bu çerçevede, ihale dokümanındaki şartları okuyup kabul ederek teklif veren isteklilerin, ihale konusu işi ihale dokümanına uygun bir şekilde yerine getirmelerini mümkün kılacak hazırlık

⁶³ Y.4.HD. T.24.02.1970, E.1970/1240, K.1970/1455.

⁶⁴ Kamu İhale Genel Tebliği, 22.08.2009 Tarih, RG Sayı: 27327, m.25.3.3.

⁶⁵ Yargıtay bir kararında ekonomik krizlerin öngörülmezlik şartını gerçekleştirmediğine hükmetmiştir: "Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinen bir gerçektir... Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanmak, kabul edilebilecek bir durum değildir... *Öngörülmezlik* unsuru oluşmamıştır." Y.13.HD. T.10.06.2003, E.2003/3622, K.2003/7636.

⁶⁶ Kamu İhale Genel Tebliği, 22.08.2009 Tarih, RG Sayı: 27327, m.25.3.4.

ve programlama çalışmalarını, ihale konusu edimin ifasını zora sokmayacak şekilde önceden tedbirini almış bir tacirin sorumluluğunu taşıyarak gerçekleştirmeleri gerekmektedir. Buna göre, idareye yapılan başvurular üzerine idarelerin yapacakları değerlendirmede başvuru konusunun yükleniciler tarafından önceden öngörülebilir ve önlenebilir olup olmadığının da değerlendirilmesi ve bu nitelikleri taşımayan talepler için KİK'e başvuruda bulunulmaması gerekmektedir⁶⁷.

Tarafların 4735 s.K.'da sayılan, mücbir sebep hariç olmak üzere yüklenicinin kusurlu davranışı sebebiyle sözleşmenin sona ermesine müteakip genel hükümlere göre tasfiye aşamasında tarafların talepleri, kanımızca m.30⁶⁸ ve m.32'deki⁶⁹ 15 yıllık zamanaşımına tabi olmalıdır. Çünkü bu maddeler özel hükümdür. Söz konusu hükümlere göre yapım işleri ve danışmanlık hizmet sunucularının 15 yıllık zamanaşımına tabi olması söz konusudur⁷⁰. Ancak eğer yüklenicinin ağır kusuru olduğu kabul edilirse bu süre 20 yıl olacaktır⁷¹ (TBK m.478).

Mal tedarikçileri ve hizmet sunucuları için özel bir hüküm öngörülmediğinden, mal tedarikçilerinin sorumlulukları, TBK m.231 uyarınca daha uzun bir süre için anlaşma olmadıkça ayıplı taşınır maldan dolayı 2 yıl, taşınmaz maldan dolayı ise m.244 uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Burada da yine tedarikçinin ağır kusuru varsa 20 yıllık zamanaşımı geçerli olacaktır⁷² (TBK m.244). Hizmet sunucularının sorumluluğu ise TBK m.146'daki 10 yıllık genel zamanaşımına tabidir.

⁶⁷ Kamu İhale Genel Tebliği, 22.08.2009 Tarih, RG Sayı: 27327, m.25.3.5.

⁶⁸ 4735 s.K.m.30: "Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de 15 yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında m.27 hükümleri uygulanır."

⁶⁹ 4735 s.K.m.32: "Danışmanlık hizmetlerinde; tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, hatalı yaklaşık maliyet tespiti, işlerin yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapılmaması, meslek ahlakına uygun davranılmaması, bilgi ve deneyimin idarenin yararına kullanılmaması ve benzeri nedenlerle meydana gelen zarar ve ziyandan hizmet sunucusu doğrudan, yapı denetimi hizmetinin sunulduğu durumda ise yapım işini üstlenen yüklenici ve alt yüklenicilerle birlikte 15 yıl süre ile müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre hizmet sunucusuna ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında m.27 hükümleri uygulanır."

⁷⁰ Karşıt görüşte olan Doğanıyğit'e göre ayıp sebebiyle sözleşmeyi fesheden iş sahibinin talep edebileceği tazminat 4735 s.K m.30 hükmüne tabi olmamalıdır. Bu halde istenebilecek tazminat TBK m.147'ye tabi olmalıdır. Bu durumda, TBK m.478 gereğince taşınmaz inşaatında bu süre 5 yıl olacaktır. Doğanıyğit, s.1335. Karaca, Mehmet, **İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.158.

⁷¹ Bilgen, Mahmut, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Temmuz 2010, s.1211. Erdem, Mehmet, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2010, s.96.

⁷² Bilgen, s.944. Erdem, s.84, s.86.

İKİNCİ KISIM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

1.Sözleşmenin kurulması

1.1.Genel olarak

4735 s.K. m.15 uyarınca yapılacak değişikliklerden sözleşme imzalandıktan sonraki değişiklikler kastedilmektedir. Maddede geçen “sözleşme imzalandıktan sonra” ibaresi bu anlama gelmektedir. Bu yüzden m.15 anlamında sözleşme imzalanana kadar değişiklik mümkün olmaz. Çünkü kamu ihale sözleşmeleri isteklinin sözleşmeyi imzalaması ile kurulur. Sözleşme kurulduktan sonra taraflar 4735 s.K. m.15’teki şartlara uymak suretiyle sözleşmede değişiklik yapabilirler.

Sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların hak ve borçları doğar ve birbirlerine karşı bundan sorumlu olurlar. Bu noktadan sonra artık sözleşme güvenliğinin sağlanması bakımından taraflardan birisi, tek taraflı olarak diğerinin haklarına hâle getirecek şekilde bir işlem yapamaz. Çünkü artık kamu ihale sözleşmesi kurulmuştur ve özel hukuk hükümlerine tabidir. Yani taraflar hak ve yükümlülükleri bakımından eşit muameleye tabi tutulurlar. Bu halde taraflar, ancak kanunun müsaade ettiği ile sınırlı kalmak kaydıyla sözleşmeye müdahale edebilirler. Aynı zamanda taraflar 4735 s.K.’da belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapamaz ve ek sözleşme düzenleyemez (4735 s.K. m.4/2).

Sözleşme öncesi sorumluluk olan *culpa in contrahendo* kurumunun bir özel hukuk sözleşmesi olan kamu ihale sözleşmelerine de uygulanmasının mümkün olduğu görüşü de dile getirilmektedir⁷³. Buna göre ihale ilişkisinin başlaması ile birlikte taraflar arasında kaynağını doğruluk ve dürüstlük kuralında bulan bir güven ilişkisi meydana gelir. Bu ilişki tarafların her ikisini de, diğer tarafın zarara uğramasına engel olacak şekilde özen gösterme, koruma, aydınlatma yükümlülükleri altına sokar. Dolayısıyla idarenin bu güven ilişkisine aykırı olarak hareket etmesinden zarar gören istekliler, *culpa in contrahendo* esasına dayanarak uğradıkları zararın tazmin edilmesini isteyebileceklerdir.

⁷³ Buz, s.156 vd.

Avrupa Birliği hukukunda da sözleşmeden önceki safhada isteklinin sorumluluğu, *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak kabul edilmektedir. Ancak ihale usullerine göre istekli sıfatının kazanılmasının farklı olması nedeniyle sorumluluğun başlangıcı ve sona ermesi farklılaşmakta ve sorumluluğun sonuçlarının üye ülkelerin iç hukuklarına bırakılmış olması dolayısıyla da sorumluluğun sonuçları her iki hukuk düzeninde de birbirinden farklıdır⁷⁴.

Kamu ihale sözleşmelerinin şekli bakımından, 4735 s.Kanunun benimsediği sistemde, kamu ihale sözleşmesi ilk olarak tarafların karşı karşıya bulunduğu bir ortamda idarenin kabul beyanını yazılı olarak açıkladığı, yani sözleşme metnini imzaladığı anda kurulmuş olacaktır. İdarenin bu tür bir şekle tabi kabul beyanı bulunmadığı sürece, kamu ihale sözleşmesinin mevcudiyetinden söz edilemeyecektir⁷⁵.

Daha önceden kamu ihale sözleşmelerinin kurulması için, ihalenin yapılmasının ardından Sayıştay'ın onayı şart koşulmaktaydı. Ancak 832 sayılı Sayıştay Kanununun “tescil ve vizeye tabi işlemler” başlıklı 30.maddesi hükmü, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 81.maddesiyle birlikte 01.01.2005 tarihinden itibaren geçerli üzere yürürlükten kaldırılmıştır.

1.2. Sözleşmenin İmzalanması

Kamu ihale sözleşmesinin yapılmasından önceki ihale süreci ana hatlarıyla şu aşamalardan oluşmaktadır⁷⁶:

- Hazırlık,
- İlan (m.24 vd.),
- İhale dökümanının alınması ve tekliflerin sunulması (m.30 vd.),
- Tekliflerin değerlendirilmesi (m.37),
- İhalenin karara bağlanması, ihale yetkilisi tarafından onaylanması ve sözleşmeye davet (m.40-m.42).

4734 s.K.'a göre yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim

⁷⁴ Demirboğa, Dursun Ali, **Avrupa Birliği Hukuku Bağlamında Kamu İhale Sözleşmesi Yapılmasında İsteklinin İdareye Karşı Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, Ankara, 2006, s.106.

⁷⁵ Buz, s.229.

⁷⁶ Giritli/Bilgen/Akgüner, s.1027. Gözübüyük/Tan, s.589.

olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır (4734 s.K.m.46). Çünkü sözleşmeye davet edilen istekli, kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır (4734 s.K.m.44/f.1). İmzadan kaçınması halinde daha önceden vermiş olduğu geçici teminat gelir kaydedilir. İsteklinin ve ihale yetkilisinin sözleşmeyi imzalaması ile birlikte sözleşme kurulmuş olur.

Kamu ihale sözleşmelerinin imzalanmasından önceki safhada, kural olarak istekli, sözleşme bedeli dışında sözleşme tasarılarına pek etki edemez. Çünkü 4735 s.K.'a göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez. Ancak şartnamelerde yer alan hükümlere aykırı olmamak koşuluyla, istekli tarafından tekliflerin sunulması aşamasında teslim yeri veya zamanı, ödeme şartları gibi konularla ilgili bazı değişiklikler sunulabilir. Ama tabii bu tekliflerin şartnamelerde yapılan düzenleme ile uyumlu olması ve idare tarafından da kabul görmesi gerekmektedir. Yani burada esasen bir katılmaca sözleşme var olsa da, ihalede yer alan dökümana aykırılık teşkil etmemesi ve idarenin kabul etmesi koşuluyla sözleşmenin imzalanmasından önce sınırlı da olsa bazı değişiklikler yapılması mümkündür.

Kamu ihale sözleşmesi imzalanmadan önce m.15 hükmünü uygulama olanağı yoktur. Fakat sözleşme imzalandıktan sonra m.15 uyarınca sözleşmede değişiklik yapılması mümkün olacaktır.

1.3. Kamu İhale Sözleşmelerinde Kesin Hükümsüzlük Halleri

Kamu ihale sözleşmelerinde TBK m.27 bağlamında hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, aykırılığa rağmen sözleşme kurulmuş olsa da daha sonradan bu hallerin varlığı ileri sürülerek sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır.

Kamu ihale sözleşmeleri, TBK m.27 anlamında emredici hukuk kurallarına aykırılığı nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına maruz kalabilir⁷⁷. Bu müeyyide üç halde mümkün olabilir⁷⁸. Bunlardan ilki istekliler tarafından ihale işlemlerine itiraz edilmiş olmasına rağmen itiraz sonuçlandırılmadan kamu ihale sözleşmesinin yapılması halidir. 03.01.2009 tarihli ve

⁷⁷ Oğuzman / Öz, Cilt 1, s.180. Hatemi / Gökyayla, s.80. Kılıçoğlu, Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 16.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Temmuz 2012, s.87. Reisoğlu s.145.

⁷⁸ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, s.255 vd.

27099 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik m.13/f.2'ye göre idareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazın şikayet başvurusunda bulunulmadığına ilişkin KİK internet sayfasından sorgulama yapılmadan, itirazın şikayet başvurusu yapılan hallerde ise itirazın şikayet başvurusu nihai kararlarla sonuçlandırılmadan sözleşme imzalanamaz. Yine aynı yönetmeliğin m.20-C/f.4'e göre itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmadığına ilişkin KİK internet sayfasından sorgulama yapılmadan, itirazın şikâyet başvurusu yapılan hallerde ise itirazın şikâyet başvurusu nihai kararlarla sonuçlandırılmadan münferit sözleşme imzalanamaz. Bu gibi hallerde imzalanan sözleşmeler kesin olarak hükümsüz sayılacaktır.

Bir diğer emredici hükme aykırılık durumu, ihale açılmaksızın sözleşme imzalanması durumudur. Burada, kanunen ihaleye çıkılması ve bunun sonucunda sözleşmeye bağlanması yasal zorunluluk olan durumlarda emredici hükümlere aykırı olarak ihale aşamasının atlanarak sözleşme imzalanması söz konusudur. Böylece imzalanan kamu ihale sözleşmesi ihalesi yapılmadığı gerekçesiyle kesin hükümsüz olacaktır.

Son emredici hükümlere aykırılık durumunda ise, 4735 s.K.m.4/f.1'deki "düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemez" kuralına aykırı olarak imzalanan kamu ihale sözleşmeleri de söz konusu emredici hükme aykırılık teşkil ettiğinden hükümsüz olacaktır.

TBK m.27'ye aykırılık hallerinden birisi de kamu ihale sözleşmelerinin kamu düzenine aykırı olması durumudur. Kamu düzeni Von Tuhr'a göre kamu düzeni, koruma ve uygulamasında topluma büyük yararı bulunduğu kabul edilen özel hukuk kurallarıdır⁷⁹. İdare ve yüklenici tarafından imzalanacak olan kamu ihale sözleşmesi gerek tarafların hak ve borçları gerek konusu bakımından, hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyecektir.

TBK m.27/f.1 hükmünde bir diğer kesin hükümsüzlük sebebi olarak da, sözleşmenin ahlaka aykırı olması düzenlenmiştir. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından ahlaka aykırılık sözleşmenin içeriği bakımından söz konusu olamaz. Çünkü kamu ihale sözleşmelerinin konusunu idarenin ihtiyaç duyduğu mal, hizmet veya yapım işleri oluşturur ve böyle bir

⁷⁹ Von Tuhr, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Çeviren Cevat Edege, Ankara, 1983, s.258.

içeriğe sahip olan sözleşmenin ahlaka aykırı bir nitelik taşıması düşünülemez⁸⁰. Bu nedenle kamu ihale sözleşmelerinde ahlaka aykırılık durumu ancak sözleşmenin kurulması esnasında tarafların iradeleri bakımından söz konusu olabilir. Bu aşamada taraflar 4734 s.K. m.17'de sayılan fiillerden birini işlemesi durumunda, örneğin yazılı bir çıkar anlaşması yapmaları durumunda, hem emredici bir hükme aykırılık hem de ahlaka aykırılık oluşacaktır. Böyle bir durumda ahlaka aykırı olarak kurulan kamu ihale sözleşmesi kesin olarak hükümsüz sayılacaktır.

İmkânsızlık hali TBK m.27, m.112, m.136-m.138 hükümleri ile düzenlenmiştir. TBK m.27 sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan imkânsızlığı, TBK m.112 ve m.136 - m.138 ise sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlığı düzenlemektedir. Sözleşmenin kurulduğu anda sözleşme konusu edim imkânsız ise sözleşme kesin hükümsüz olur. Örneğin ödeneği olmayan bir iş için ihaleye çıkılmışsa ve sözleşme imzalanmışsa bu kamu ihale sözleşmesi kesin hükümsüzdür. İmkânsızlık sonradan ortaya çıkmış ise, buna borçlunun sorumlu olduğu bir durumun yol açıp açmamasına göre bir ayırım yapmak gerekir. Eğer imkânsızlığa borçlunun sorumlu olduğu bir durum yol açmış ise, TBK m.112 hükmü gereği borçlu alacaklının müspet zararını tazminle yükümlü olur. Ama şayet sonradan ortaya çıkan imkânsızlıkta taraflardan hiçbirinin kusuru yok ise, TBK m.136 hükmü gereği karşılıklı borçlar sona erer⁸¹. Kamu İhale Sözleşmesinin kurulmasından önce, konusunun imkânsız olması durumunda sözleşme TBK m.27 uyarınca geçersiz olacaktır.

TBK m.19/f.1'de yer alan hükme göre bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Burada muvazaa işlemi yasaklanmıştır. Muvazaalı işleme bağlanan hukuki sonuç, yani geçersizlik müeyyidesi butlandır. Muvazaalı işlem, gerçekte, geçerli bir hukuki işlem değildir⁸². İdare ile yüklenici arasında muvazaalı olarak bir kamu ihale sözleşmesi düzenlenmişse kesin hükümsüzdür. Muvazaa dışında bir ihale sözleşmesinin kurulmasında kanuna karşı hile de yapılabilir. Örneğin eşik değerinin altında kalmak veya diğer mevzuat hükümlerinin

⁸⁰ Buz, s.278.

⁸¹ Buz, s.280.

⁸² Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 9.Bası, Beta Yayınevi, Aralık 2006, İstanbul, s.321. TEKİNAY, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7.Bası, 1993, s.411.

uygulanmasından kaçınmak amacıyla ihalesi yapılacak olan mal, hizmet ya da yapım işleri kısımlara bölünemez⁸³.

2.Sözleşmede Değişiklik Yapılması

2.1.Genel Olarak

Kamu ihale sözleşmelerinde değişiklik yapılması hususu tek madde ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda düzenlenmiştir. Fazla ayrıntıya girilmemiş olan bu hükümde genel olarak kamu ihale sözleşmelerinde yapılacak olan değişikliklerin şartları gösterilmiş ve hangi sınırlar içerisinde yapılacağının çerçevesi çizilmiştir. Söz konusu madde metni şöyledir:

“Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:

a) İşin yapılma veya teslim yeri.

b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları.”

Burada yapılacak olan değişikliklerin niteliği, şekli, şartları ileride incelenecektir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun İlkeler başlıklı 4.maddesinin 2.fikrasında m.15’i güvence altına alan bir hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre; “Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.” Bu hüküm kamu ihale sözleşmelerinde yapılacak olan değişikliklerin ancak m.15 çerçevesine bağlı kalmak kaydıyla yapılabileceğini başka bir kanuna dayanarak herhangi bir şekilde sözleşme değişikliği yapılamayacağını güvence altına almıştır. Nitekim Danıştay, 08.10.2004 tarih ve Esas: 2004/445, Karar: 2004/249 nolu kararında⁸⁴ 4353 sayılı

⁸³ S.3.D. T.13.12.1967, E.420/1967, K.187/1967. Başka bir kararda ise iki ayrı ihale konusu işlerin bir ihalede toplanmış olması kanunun ilkelerine aykırı olduğuna hükmedilmiştir. S.7.D. T.23.02.1995, E.1189/1995.

⁸⁴ Danıştay 1.D. T.08.10.2004, E: 2004/445, K: 2004/249 (Danıştay Kararları Dergisi, Sayı:6):

Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında

“Gereği Görüşülüp Düşünüldü: İstem, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre akdedilen sözleşmeler ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun istisna hükümleri kapsamında yapılan işlere ait sözleşmelerde, 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun 31 inci maddesine göre sözleşme değişikliği yapılması olanağı bulunup bulunmadığı hususunda düşülen duraksamanın giderilmesine ilişkindir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2 nci maddesinde, idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceği, "istisnalar" başlıklı 3 üncü maddesinin (b) bendinde; savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili mevzuat uyarınca gizlilik içinde yürütülmesi gereken ve her bir ihale, ihale yetkilisince onaylanan; uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, roket, füze gibi araç, silah, silah malzeme ve teçhizatı ve sistemleri ve harp malzemeleri ile bunların araştırma-geliştirme, eğitim, üretim, modernizasyon, yazılım ve mühimmat ihaleleri ile bunlarla ilgili sefer stokları, bakım, işletme ve idameye yönelik mal ve hizmetler, Devlet güvenliği ve istihbaratı kapsamındaki hizmet, malzeme, teçhizat ve sistem alımlarının, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi olmadığı, Geçici 4 üncü maddesinin (a) bendinde de, bu Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendine ilişkin esas ve usullerin, ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınmak suretiyle Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacağı hükme bağlanmıştır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği, sözleşmede yer alması zorunlu hususların sayıldığı 7 nci maddesinin (s) bendinde, sözleşmede değişiklik yapılma şartları ile (y) bendinde anlaşmazlıkların çözümü hususlarının sözleşmede düzenleneceği, 15 inci maddesinde, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla işin yapılma veya teslim yerine, işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi şartıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartlarına ilişkin sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabileceği, 36 nci maddesinde, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, 39 uncu maddesinin (a) bendinde, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmeler açısından 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerinin, (b) bendinde de diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun 31 nci maddesinde, bir sözleşme olsun ya da olmasın genel bütçe dahilindeki Devlet daireleriyle diğer daire, müessese ve teşekküller veya tüzelkişiler arasında çıkan ve henüz yargı organlarına, hakeme veya icraya intikal etmemiş bulunan hukuki uyuşmazlıkların sulh yoluyla hallinde menfaat görüldüğü takdirde, başhukuk müşavirinin mütalasına dayanılarak her yıl bütçe kanunları ile tespit edilen parasal sınıra göre bir hakkın tanınması ya da menfaatin terkinin öngören anlaşmalar veya sözleşme değişikliklerini yapmaya bakanlıkların yetkili olduğu, bu miktarı geçen anlaşmalarla sözleşme değişikliklerinin ise Danıştayın olumlu görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca hazırlanacak kararname ile yapılabileceği hükmü yer almıştır.

Yukarıda belirtilen hükümlerin değerlendirilmesinden, 4734 sayılı Kanun uyarınca ihale edilen işlere ilişkin sözleşmelerde, 4735 sayılı Kanunun 15 inci maddesinde öngörülen sözleşme bedelinin aşılması ve tarafların karşılıklı anlaşması kaydıyla sözleşmenin, işin yapılma veya teslim yerine, işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi şartıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartlarına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılabileceği, bunların dışında sözleşmelerde değişiklik yapılmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla sözleşmelerde 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesinin uygulanmasına imkan bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Diğer taraftan, 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendinde öngörülen ve Kanunun istisna kabul ettiği işlere ilişkin sözleşmelerde ise, 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesi uyarınca değişiklik yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 4735 sayılı Kanuna göre akdedilen sözleşmelerde 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesine göre sözleşme değişikliği yapma imkanı bulunmadığı, 4734 sayılı Kanunun istisna hükümleri kapsamında yapılan işlere ilişkin sözleşmelerde ise 4353 sayılı Kanunun 31 inci maddesine göre sözleşme değişikliği yapılabileceği sonucuna ulaşılarak, dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 8.10.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanununun 31'inci maddesine göre sözleşme değişikliği yapılması olanağının bulunmadığına hükmederek, kamu ihale sözleşmelerinde yapılacak değişikliklerin 4735 s.K.m.15 ile sınırlı olduğu konusundaki tavrını net bir şekilde ortaya koymuştur.

4735 s.K. m.8'de fiyat farkı konusuna genel bir düzenleme ile yer verilmiştir. Buna göre sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespite Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir⁸⁵. Bu düzenleme de sözleşme güvenliğini sağlamaya yöneliktir. Çünkü birbirinden bağımsız kamu idareleri tarafından fiyat farkı verme konusunda yapılabilecek farklı yorumlamaların önüne geçilmek istenmiş ve uygulama birliğini sağlamak bakımından bu görev yürütmeye yani Bakanlar Kurulu'na verilmiştir.

4735 s.K.m.7/g'ye göre eğer sözleşme konusu işler için ödenecekse, fiyat farkının ne şekilde ödeneceği de sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurlar arasında sayılmıştır. Yine 4735 s.K.m.8/2'ye göre Bakanlar Kurulunun belirlediği kurallar doğrultusunda sözleşmede yer verilen fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde, sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz. Bu hüküm ile de 4735 s.K. anlamındaki kamu ihale sözleşmelerinin kurulmasından sonra ancak m.15'e göre değiştirilmesinin mümkün olabileceği vurgulanmıştır. Yani eğer sözleşme kurulmadan önce Bakanlar Kurulu kararnamesine göre fiyat farkı verilebileceği kararlaştırılmışsa ve ihale böyle yapılmışsa, ancak bu takdirde fiyat farkı gündeme gelmektedir.

Burada, m.15 ile güvence altına alınan ve şartları belirtilen sözleşmenin değiştirilmesi hususuna hanel getirecek bir durum söz konusu değildir. Bakanlar Kurulu tarafından yayınlanan esaslara uyularak kamu ihale sözleşmesine konulan fiyat farkı düzenlemelerine göre yapılacak fiyat farkı verme işlemi, sözleşmenin değiştirilmesi anlamına gelmemektedir. Çünkü fiyat farkı sözleşme bedeline ek olarak ödenecek ya da kesilecek bir bedel olup, sözleşme bedelini etkilemez. Ayrıca fiyat farkı verme işlemi sözleşmenin kuruluş aşamasında sözleşmeye konulan ve fiyat farkı verilebilmesine imkan tanıyan sözleşme maddesine dayanılarak yapılan hukuki bir işlem olup bu sebeple de m.15'e aykırı bir şekilde sözleşme değişikliğinin varlığından söz etmemiz mümkün değildir.

⁸⁵ Bakanlar Kurulu tarafından mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin fiyat farkı hesabında uygulanacak esaslar 31 Aralık 2002 tarihli ve 24980 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

Yargıtay'ın 1975 tarihli bir kararına göre başlanan bir işte kar kadar zarar etme olanağı da vardır. Bu nedenle davacı yüklenici, yapılacak şey tasarlanan miktardan fazla çalışma ve masrafı gerektirse bile, sözleşmeye aykırı olarak zarar ettiğinden söz edip davalı iş sahiplerinden bedelin arttırılmasını ve fiyat farkı ödenmesini isteyemez. Taraflar arasındaki özel hukuk alanına giren eser sözleşmesinin yapılmasında olduğu gibi değiştirilmesinde veya bozulmasında yine tarafların müşterek irade ve rızalarına ihtiyaç vardır. Bakanlar Kurulunun bir hükümet tasarrufu olan kararname ile özel hukuk ilişkilerine müdahalesi, para ödeme mükellefiyeti yüklemesi, yüklenicilere bu konuda bir dava hakkı tanınması söz konusu olamaz⁸⁶.

2.2. Sözleşmede Yapılan Değişikliğin Hukuki Niteliği

4735 s.K.'a göre kamu ihale sözleşmelerinde değişiklik yapılması öncelikle tarafların iradelerine bağlı olup mecburi bir husus değildir. Çünkü taraflar kurulmuş olan kamu ihale sözleşmesini, lüzum gördükleri takdirde karşılıklı ve uyumlu irade beyanları ile değiştirebilirler ve salt kamu ihale sözleşmesinin kurulmuş olması m.15'in uygulama alanı bulacağı anlamına gelmez. Fakat kanundaki düzenleme, tarafların sözleşmede değişiklik yapmak istemeleri durumunda devreye girmektedir ve yapılacak olan sözleşme değişikliği m.15'te sayılan şartlar ile sınırlı kalmak zorundadır. Bu yüzden sözleşme değişikliğinin şartları belirtilerek çerçevesi çizilmiş olan 15.madde, kanunun bir *emredici hukuk kuralıdır*.

Yukarıda bahsedildiği üzere 4735 s.K. m.7 uyarınca sözleşmede yapılacak olan değişikliğin şartları, sözleşmede belirtilmesi gereken zorunlu hususlardan sayılmıştır. Buna göre, yapılacak düzenlemelerde, uygulamada da tanık olduğu gibi m.15 hükmü esas alınacaktır. Mal, hizmet ve danışmanlık hizmet alımlarına ait tip sözleşmelerde yer alan 23.maddelerinde 4735 s.K. m.15'in içeriğine aynen yer verilmiştir. Buna ek olarak 4735 s.K. m.4'te yer alan m.15 hükmünün dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği kuralına da yer verilmiştir. Yapım işlerine ait tip sözleşmede yer alan m.24 hükmü de m.15'in aynısını tekrar etmektedir.

⁸⁶ Y.15.HD. T.24.11.1975, E.1975/4852, K.1975/4651.

4735 s.K. anlamında kamu ihale sözleşmelerinin değiştirilmesi için yapılacak olan değişiklik sözleşmelerinin içeriğinde idarenin, sözleşmeden kaynaklanan borcunun ifa edileceği yer veya ifa zamanına ilişkin hükümlere yer verilemez. Çünkü m.15 hükmüne göre, yüklenici tarafın borcu olan işin yapılma veya teslim yeri ile işin süresi konularında değişiklik yapılabilir. Bu durumda kamu ihale sözleşmesindeki istekli tarafın;

- Mal tedarikçisi,
- Hizmet Sunucusu,
- Yapım Müteahhidi,
- Danışman

Yüklenicilerinden birisi olarak kamu ihale sözleşmesini imzalamasıyla doğan borçlarından, işin yapılma veya teslim yeri ile işin süresi m.15 anlamında yapılacak değişiklik sözleşmesine konu edilebilir.

2.3.Sözleşmede Değişiklik Yapılmasının Şartları

2.3.1. Genel Olarak

Bir kamu ihale sözleşmesinde, taraflardan idare veya yüklenicinin değişiklik yapmak istemesi 4735 s.K.m.15'e göre değerlendirilecektir. Bu noktada yapılacak olan sözleşme değişikliği isteminin gerçekleşmesi için bazı şartlara uyulması gerekmektedir. 15.maddede yer alan bu şartlar toplu olarak şunlardır.

- Tarafların karşılıklı olarak anlaşması,
- Sözleşme bedelinin aşılması ve

Yapılacak olan değişiklik şu iki konuda mümkündür:

- İşin yapılma veya teslim yeri,
- İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları.

Kanun hükmünde belirtilen bu şartlara uyulması kaydıyla sözleşmenin değiştirilmesi mümkündür. Danıştay, emsal bir kararında bu hükümde belirtilen hallerin dışında anılan

sözleşmelerde değişiklik yapılmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir⁸⁷. Bu şartlardan kimisi tarafların iradelerine ilişkin olup kimisi taraflara takdir hakkı bırakmamaktadır. Örneğin sözleşmenin bedelinin aşılması koşulu, tarafların iradelerinden tamamen bağımsız ve her iki tarafın da uyması gereken genel bir şarttır. Ancak işin süresinin erkene alınması veya ifa yerinin değiştirilmesi şartları özel şartlardır ve tarafların bunlar üzerinde, maddedeki çerçeve ile sınırlı kalmak kaydıyla, takdir haklarını kullanmaları mümkündür. Ayrıca bu özel şartlar kümülatif olarak değerlendirilmemelidir. İfa yeri veya ifa zamanının değiştirilmesi tercihlerinden sadece bir tanesi ya da her ikisi birlikte kullanılabilir. Burada kamu ihale sözleşmelerinin değiştirilmesinin şartlarını objektif şartlar ve subjektif şartlar olmak üzere iki başlıkta inceleyeceğiz.

2.3.2. Subjektif Şart

4735 s.K. m.15'e göre kamu ihale sözleşmelerinde değişiklik yapılabilmesinin başlıca şartı tarafların anlaşması koşuludur. Madde metninde bahsedildiği gibi, "*idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla*" ve diğer şartları da yerine getirerek sözleşme değişikliği yapılabilir. Burada kanun koyucu tarafından konulan şart, kamu ihale sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli olan subjektif bir şarttır. Çünkü burada bahsedilen karşılıklı olarak anlaşma eylemi tarafların iradelerinin sözleşmenin değiştirilmesi yönünde uyuşmaları anlamına gelmektedir ve bu şartın gerçekleşmesi tamamen tarafların iradelerine bağlıdır. Tarafların iradelerinin kamu ihale sözleşmesinin değiştirilmesi konusundaki tek etkisi, bu yönde karşılıklı olarak anlaşmalarıdır. Bunun dışındaki şartlar taraflardan bağımsız objektif şartlar olup tarafların bu noktada bir takdir yetkisi sadece m.15'te çizilen sınırlar dahilindedir.

Tarafların sözleşmenin değiştirilmesi konusunda anlaşmaları bir tarafın talebi ile gerçekleşecektir. Sözleşmenin değiştirilmesi talebi, sebebi ile birlikte karşı tarafa yazılı olarak bildirilmelidir. Çünkü İdare, yüklenici ve yapı denetim görevlisi arasındaki her türlü iletişim, yazılı olarak yapılır. Sözleşmeye göre herhangi bir kişi tarafından bir izin, onay, belge, olur verilmesi veya tespit yapılması, ihbar, çağrı veya davette bulunulması gerektiğinde, bunlar taraflar aksini kararlaştırmadıkça yazılı olacaktır (YİGŞ m.5, HİGŞ m.5).

⁸⁷ Danıştay 1.D. T.14.03.2005, E.2005/164, K.2005/357.

Daha sonra karşı tarafın cevabı olumlu olursa subjektif şart gerçekleşmiş olacak ve tarafların olumlu iradelerinin yansıtıldığı değişiklik sözleşmesi imzalanacaktır. Bu değişikliğin içeriği taraflarca m.15 çerçevesinde düzenlenecektir. Burada önemli olan tarafların hem değişikliğin yapılması konusunda hem de yapılacak değişikliğin muhtevası konusunda karşılıklı olarak anlaşmalarıdır.

Eğer diğer tarafın değişiklik talebine cevabı olumsuz olursa, yani sözleşmenin değiştirilmesine rıza göstermiyorsa o zaman katıyen sözleşme değiştirilemeyecektir. Çünkü böyle bir durumda tarafların karşılıklı olarak anlaşması kaydı gerçekleşmemiş olacaktır. Kanımızca burada sözleşmenin değiştirilmesi konusunda olumsuz irade beyanı ortaya koyan taraf, bunun sebebini açıklamak zorunda değildir.

Tarafların iradelerinin karşılıklı olarak uyuşması için TBK m.28, m.30-m.39'da yer alan irade sakatlığı hallerinden birisinin mevcut olmaması gerekir⁸⁸. Sözleşme kurulurken dikkat edilmesi gereken bu kurallar, sözleşme değişikliği yaparken de uygulama alanı bulacaktır. Çünkü yapılacak olan sözleşme değişikliği de ayrı bir sözleşme ile gerçekleştirilecektir. Bu noktada kurulacak olan değişiklik sözleşmesinde, TBK m.28'deki aşırı yararlanma (gabin), m.30 ve devamındaki yanılma (hata) hükümlerinin uygulanabilirliği söz konusudur. Buna göre sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya⁸⁹ düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz. Ancak, basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir (TBK m.31/2).

Burada karşımıza çıkabilecek irade sakatlığı hallerinden bir diğeri ise aldatmadır (hile). Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir (TBK m.36). Burada yanılmada olmayan kasıt söz konusudur. Son olarak ise, taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması (ikrah, tehdit)

⁸⁸ Oğuzman / Öz, Cilt 1, s.81 vd. Hatemi / Gökyayla, s.85. Reisoğlu s.103. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Giriş, s.342.

⁸⁹ TBK m. 31'e göre aşağıda sayılan haller esaslı yanılmadır:

1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa.
2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa.
3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa.
4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa.
5. Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa.

sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir (TBK m.37). Tüm bu hallerde Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır (TBK m.39). Bu hüküm 4735 s.K.'daki özel düzenlemeler dışında sözleşmede aksine bir hüküm olmadığında uygulama alanı bulacaktır.

4735 s.K. m.21'de yüklenicinin, 4734 s.K. m.17'de sayılan yasak fiil ve davranışlarda⁹⁰ bulunması durumunda idarenin sözleşmeyi fesih hakkı olduğu düzenlenmiştir. Burada, maddede sayılan yasak fiillerden aldatma ve korkutma bakımından Borçlar Kanununda yer alan irade sakatlıklarına ilişkin genel hükümlerin uygun düştüğü ölçüde uygulanması söz konusu olabilir. Ancak yanılma ve aşırı yararlanma gibi irade sakatlığı hallerinde 4735 s.K.m.36'dan hareketle genel hükümlere gidilecektir. Ayrıca 4735 s. K.'da yer alan hükümler yüklenicinin iradesi açısından düzenlenmiştir. İdare tarafının irade sakatlıklarından, 3.kişilerin veya bizzat idarenin aldatma ya da korkutma eylemini, doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleştirmesi durumunda yine buradaki irade sakatlığı hallerinin değerlendirilmesinde genel hükümlere başvurulacaktır.

Kamu ihale sözleşmelerinin değiştirilmesi için gerekli olan tarafların karşılıklı olarak anlaşması şartı, 4735 s.K. m.4'te yer alan, 4735 s.K.'da belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı, hükmüne paralel düzenlenmiş ve bir anlamda bu yasağı koruyucu niteliktedir. Aksi halde idarenin diğer sözleşmelerinde olduğu gibi tek taraflı değişiklik yapabilmesi söz konusu olabilirdi. Ancak bu hükümle birlikte bunun mümkün olmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz.

⁹⁰ 4734 s.K.m.17'de sayılan yasak fiil veya davranışlar şunlardır:

- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.
- c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.
- d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.
- e) 4734 s.K.m.11'e göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.

2.3.3. Objektif Şartlar

2.3.3.1. Genel olarak

Kanun koyucu tarafların sözleşme değişikliğinde temas edebilecekleri hususları kendisi özel olarak belirlemiştir. İdareye ve yükleniciye bu noktalar dışındaki hususlarda değişiklik yapma özgürlüğü tanınmamıştır.

Bu sınırların dışında herhangi başka bir konuda örneğin teminat, fiyat farkı ödenmesi, fesih, sözleşmenin devri gibi konularda değişiklik yapılması önceden kararlaştırılmaz. Çünkü 4735 s.K. m.15'te sayılan şartlar tarafların iradelerinden bağımsız bir şekilde, kanun koyucu tarafından düzenlenmiş objektif şartlardır. Bu objektif şartlardan bir tanesi önşarttır, diğeri ise sözleşmenin içeriğine ilişkindir. Önşart, tarafların yapacağı sözleşme değişikliği sonucunda sözleşme bedelinin aşılmasıdır. Diğer objektif şart ise sözleşmenin değişikliğinin hangi alanlarda yapılabileceğini gösteren içeriğe ilişkin bir şarttır. Burada tafraların işin yapılma veya teslim yeri, veyahut işin süresinden önce yapılması ya da teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları konularında sözleşme değişikliği yapabilmeleri mümkündür.

2.3.3.2. Önşart – Sözleşme Bedelinin Aşılması

Yukarıda da belirtildiği üzere, kamu ihale sözleşmesinin değiştirilmesi hususunda karşılıklı olarak anlaşan taraflar, bu değişikliği *sözleşme bedelinin aşılması* kaydıyla yapabilecektir. Bu şart sözleşme değişikliği yapılmasının önşartıdır.

Sözleşme bedelini aşmadan yapılabilecek sözleşme değişikliği geçerli olacaktır. Daha doğru bir deyişle, taraflar öncelikle yapacakları değişiklik sonucunda sözleşme bedelinde meydana gelmesi muhtemel artışı gözlemleyecek ve artış olmaması şartıyla m.15'te müsaade edilen hususlarda değişiklik yapabilecektir.

Kamu ihale sözleşmesinde yapılacak olan değişiklikler tesiriyle birlikte, ifa yerinin değiştirilmesinden ya da ifa zamanının erkene alınmasının yol açtığı masraflar veya külfetlerden kimin sorumlu olacağı değişiklik sözleşmesinde belirtilmelidir. Çünkü taraflar hem sözleşmenin değiştirilmesi konusunda hem de bu değişikliğin yol açtığı ekstra

masraflardan veya külfetlerden hangi tarafın sorumlu olduğu konusunda da karşılıklı olarak anlaşarak bu değişikliği gerçekleştiriyorlar. Zira işin süresi ile ilgili yapılacak değişikliklerde bu süreye uygun olarak ödeme şartlarının da düzenlenebileceği öngörülmüştür. Kanımızca sadece işin yapılma veya teslim yeri değil işin yapılma veya teslim süresi ile ilgili sözleşme değişikliklerinde de bunun etkisiyle değişecek ödeme şartlarının değişiklik sözleşmesinde belirtilmesi ve tarafların bu konuda da karşılıklı olarak anlaşması gerekir. Böylece, gerek işin yapılma veya teslim yeri, gerekse işin yapılma veya teslim süresi ile ilgili yapılan sözleşme değişikliklerinin taraflara yönelik olumsuz mali etkileri sözleşme bedelinden bağımsız tutularak sözleşme bedeline yansıtılmayacaktır.

Sözleşme bedeli taraflarca ister götürü bedel olarak, ister birim fiyat üzerinden anlaşılmış olsun 4735 s.K.m.7'ye göre sözleşmenin bedeli, türü, süresi ve ödeme yeri ile ödeme şartları sözleşmede belirtilmesi zorunlu hususlardan olduğu için yapılacak olan sözleşme değişikliğinde bu hususlar dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır.

Buradaki sözleşme bedelinin aşılması önşartını destekleyen bir hükme de eser sözleşmesinin düzenlendiği hükümler içerisinde yer alan TBK m.480/f.1'de yer verilmiştir⁹¹. Buna göre eğer 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. Bu hükmün yapım işleri için düzenlenen kamu ihale sözleşmelerine uygulanması söz konusu olabilecektir. Yine yapım işlerinde götürü bedel kararlaştırılmışsa, eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür (TBK m.480/f.3).

2.3.3.3. Diğer Şartlar

2.3.3.3.1. İşin Yapılma Veya Teslim Yeri

4735 s.K.m.15 çerçevesinde yapılacak olan sözleşme değişikliğinin içeriği iki farklı şekilde düzenlenebilir. Buna göre sözleşme değişikliği, işin yapılma veya teslim yeri ile ilgili yahut işin yapılma veya teslim süresi konularında olabilecektir. Burada öncelikle kamu ihale sözleşmelerinin imzalandıktan sonra *işin yapılma veya teslim yeri* konularında yapılacak sözleşme değişikliklerini inceleyeceğiz.

⁹¹ Yavuz, s.464. Zevkliler / Havutçu, s.304 vd. Aral, s.370.

Öncelikle iş kavramına bakacak olursak iş, YİĞŞ m.4'e göre sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işini, HİĞŞ m.4'e göre ise, yükleniciye ihale edilen ve artışlar dahil sözleşme kapsamında gerçekleştirilen; sürekli (belli dönemler itibariyle tekrarlanmak suretiyle ifa edilen) nitelikteki hizmetleri veya belli bir çalışma sonrasında tamamlanarak (bir defada) ortaya çıkarılan hizmetleri ifade eder.

İşyeri ise YİĞŞ m.4'e göre yapım işinin meydana getirildiği yerler ile iş süresince geçici veya sürekli olarak kullanılan bina, arazi, arsa, malzeme ocakları vb. yerler demektir. HİĞŞ m.4'e göre ise işin meydana getirildiği yerler ile iş süresince geçici veya sürekli olarak kullanılan diğer yerler demektir.

Kamu ihale sözleşmesinin imzalandıktan sonra değiştirilmesi konusunda irade koyan taraflar, eğer hizmet alımı veya yapım işi söz konusuysa işin yapılma yeri, eğer mal alımı söz konusuysa mal alımlarına ait tip sözleşmedeki ifadesiyle malın montaj veya teslim yeri konularında değişiklik yapabileceklerdir.

İşin yapılma yeri ile ilgili olarak Hizmet İşleri Genel Şartnamesinde öngörülen hükme göre zorunluluk halinde yükleniciye teslim edilmiş işyerlerinde değişiklik yapılması gerektiğinde, yüklenici iş yerine getirilmiş olan malzeme, araç ve makineleri yeni işyerine nakleder ve eski işyerindeki (kurulmuş ise) şantiye, bina ve tesislerin yeni işyerine taşır ve kurar. Yüklenici taşınma ve yeniden kurulma işlerini bizzat yürütmek veya bu işlere nezaret etmekle yükümlüdür. Taşınma ve yeniden kurulma sırasında meydana gelecek her türlü hasar yüklenicinin sorumluluğunda olup, bunun için ayrıca bedel ödenmez (HİĞŞ m.7/f.3).

Yine benzer bir hüküm, yapım işleri ile ilgili olarak yükleniciye teslim edilmiş olan işyerinde değişiklik yapılması konusunda YİĞŞ m.6/f.7'de öngörülmüştür. Söz konusu maddeye göre zorunluluk halinde, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla yükleniciye teslim edilmiş olan işyerlerinde değişiklik yapılabilir. Bu durumda, iş başına getirilmiş olan malzeme, araç ve makinelerin yeni iş yerine taşınması giderleri ile eski iş yerinde (kurulmuş ise) şantiye bina ve tesislerin yeni iş yerine taşınma ve kurulma giderleri yükleniciye aittir. Bu durumda işin süresi, işin bir kısmı veya tamamı için gecikmeyi karşılayacak kadar uzatılır.

İşin yapılma veya teslim yerinin değiştirilmesinde her iki tarafın da rızası olduğu için, sözleşme eklerinde yer alan ve sözleşme değişikliğinin mali sonuçlarının bedele

yansıtılmaksızın yükleniciye ödettirilmesini öngören şartname hükümlerine aykırı hareket edilmeyecektir.

İşin yapılma veya teslim yeri aynı zamanda yüklenicinin ifa yeri demek olduğundan sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı takdirde TBK m.89'daki ifa yerine ilişkin genel kurallar uygulanacaktır⁹².

Bazı durumlarda, sözleşmenin feshinden sonra dahi yüklenicinin işyerinde değişiklik yapabilmesi için idarenin de rızasının olması gerekir. YİGŞ m.48'e göre sözleşmenin feshedilmesi halinde yüklenici, idarenin iznini almaksızın iş yerindeki tesislerin ve bunlarla ilgili tesisatın hiçbirini bozup yerinden kaldırmak ve işyerinde bulunan ihzarat ve diğer malzeme, araç ve makinelerinden herhangi birini başka yere götürmek veya herhangi bir şekilde başkasına devretmek veyahut işyerinde değişiklik yapmak hakkına sahip değildir. Yüklenicinin bu hususlarda herhangi bir fiilini önlemek için idare, gerekli gördüğü takdirde işyerine el koyarak yüklenicinin teşkilatını işbaşından uzaklaştırabilir. İdare, bu tesisleri, tesisatı, ihzaratı, diğer malzemeyi, makine, araç ve yedek parçaları isterse satın alabilir.

2.3.3.3.2.İşin Yapılma Veya Teslim Süresi

2.3.3.3.2.1.İşin Süresinin Erkene Alınması Özel Şartı

4735 s.K. m.15/b hükmüne göre *işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları* konularında değişiklik yapılabileceği öngörülmüştür. Burada eğer işin süresinde değişiklik yapılacaksa, sözleşmede kararlaştırılan işin yapılma veya teslim süresinin aşılmaması ve bu sürenin erkene alınması amaçlanmıştır.

İşin yapılma veya teslim süresi yüklenicinin borcunu ifa zamanıdır. İfa zamanı ile ilgili sözleşmede belirlenen hükümlerin yanında tamamlayıcı nitelikteki ifa zamanına ilişkin TBK m.90-m.98 hükümleri uygulanır.

Sözleşme değişikliğinde işin süresinin değiştirilebilmesi için, işin yapılma veya teslim süresinin aşılmaması koşulu imzalanacak somut değişiklik sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin

⁹² Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, s.40. Oğuzman / Öz, Cilt 1, s.330. Reisoğlu, s.324. Hatemi / Gökyayla, s.220 vd.

bir koşuldur. Bu koşula uyulmaksızın yapılan değişiklik sözleşmeleri geçersiz olacaktır. 4735 s.K.'da sözleşme süresinin uzatılmasına ilişkin bir durum söz konusudur. Ancak bunun m.15'teki sürenin uzatılmaması şartı ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Çünkü sürenin uzatılmaması, taraflar arasında yapılacak sözleşme değişikliğinin bir şartı olup, süre uzatımı verilmesi ise şartları olduğu takdirde kanundan doğan bir haktır. Yükleniciye, kanundaki koşullara dayanarak süre uzatımı verilmesi, m.15'deki sürenin uzatılmaması şartının ihlal edilmesi demek değildir. Ancak taraflar ihale dökümanında, kanundan doğan haklar dışında herhangi bir süre uzatımı verilebilmesine olanak tanıyan hükümlere yer veremezler. Nitekim emsal bir kararda, idari şartnamelerinde yer alan, sözleşme tarafı olan idarenin izin vermesi durumunda sözleşmenin 5'er yıllık dilimler halinde uzatılabileceği, şeklindeki bir hükmün kamu ihalelerine egemen olan saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılmasının sağlanmakla sorumlu olunması gibi ilkelere aykırılık oluşturduğuna hükmedilmiştir⁹³.

Yine Yargıtay'ın verdiği bir karara göre, eserin tamamlanılarak teslim edileceği tarih kesin biçimde kararlaştırılmış olduğundan, davalı ve karşı davacının yükleniciye sözleşmenin yerine getirilmesi için ayrıca bir süre tanınmasına veya uygun bir sürenin belirlenmesi için hâkimden istekte bulunmasına gerek yoktur⁹⁴.

4735 s.K.'a göre istisnai bir uygulama olan ve herhangi bir ceza yaptırımını olmayan süre uzatımı verilmesi halleri ilave iş⁹⁵ veya mücbir sebepler yüzünden yahut idareden kaynaklanan sebeplerle olabilir. 4735 s.K. m.10'daki hükümler çerçevesinde kamu ihale sözleşmesinde belirtilen ve sorumluluğu yükleniciye ait olmayan zorunlu gecikme nedenlerinin doğuşunda, durum idarece incelenerek işi engelleyici nedenlere ve yapılacak işin

⁹³ Ankara BİM, T.21.07.2011, Y.D.İtiraz No:2011/3439.

⁹⁴ Y.15.HD. T.07.04.1988, E.1988/866, K.1988/2520.

⁹⁵ Sözleşme kapsamında yaptırılacak ilave işler, iş eksilişi ve işin tasfiyesi 4735 s.K.m.24'te düzenlenmiştir: "Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş;

a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması,

b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması,

Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin % 10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise %20'sine kadar oran dâhilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dökümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.

Birim fiyat sözleşme ile yürütülen yapım işlerinde, Bakanlar Kurulu bu oranı sözleşme bazında % 40 'a kadar artırmaya yetkilidir.

İşin bu şartlar dâhilinde tamamlanamayacağına anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dökümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur."

niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre gecikmeyi karşılayacak kadar uzatılır(HİGŞ m.35/f.2).

YİGŞ m.29 ve HİGŞ m.35'teki düzenlemelere göre mücbir sebepler nedeniyle süre uzatımı verilebilecek haller aşağıda sayılmıştır:

- a) Doğal afetler.
- b) Kanuni grev.
- c) Genel salgın hastalık.
- ç) Kısmi veya genel seferberlik ilanı.
- d) Gerekliğinde KİK tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.

Yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilmesi ve yükleniciye süre uzatımı verilebilmesi için, mücbir sebep olarak kabul edilecek durumun;

- a) Yüklenicinin kusurundan kaynaklanmamış olması,
- b) Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması,
- c) Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi,
- ç) Mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması,
- d) Yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.

Sayıştay'ın emsal bir kararına göre, makinedeki bozulma ve yüklenicinin rahatsızlığı TBK çerçevesinde mücbir sebep olmadığından, bu duruma dayanarak süre uzatımı verilmesi kurallara aykırı görülmüştür⁹⁶. Ancak güvenlik gerekçesi ile süre uzatımının mümkün olabileceği durumlar da vardır. Yine örnek bir karara göre, bölgede süren operasyonlar nedeniyle yol güvenliği ve iş emniyetinin sağlanması açısından çalışma yapılmayan günler için süre uzatımı verilmesinde ve sorumluluğu yükleniciye ait olmayan bu süre uzatma kararının gerekçesinde güvenlik açısından gerçek durumun belirtilmemiş olmasında mevzuata aykırı bir hususun olmadığı anlaşıldığından, zamanında tamamlanmayan söz konusu işten gecikme cezası kesilmemesi ve buna istinaden malzeme fiyat farkı ödenmesinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır⁹⁷.

⁹⁶ S.2.D. Karar No: 1970/24594.

⁹⁷ S.7.D. Karar No: 16.02.1999/8367.

İdareden kaynaklanan sebeplerle süre uzatımı tanınmasında ise idarenin, sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerini yüklenicinin kusuru olmaksızın yerine getirmemesi ve bu sebeple sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi gerekmektedir. Ayrıca bu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş olması halinde, işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre, işin bir kısmına veya tamamına ait süre en az gecikilen süre kadar uzatılır (YİGŞ m.29/f.4, HİGŞ m.35/f.6).

Öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olduğu hallerde ilave işin gerektirdiği ek süre yükleniciye verilir (YİGŞ m.29/f.5).

Mücbir sebepler veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı, işte sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır (YİGŞ m.29/f.6). Yine mücbir sebepler veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı süre uzatımı verilmesi durumlarında bunlara dayanak olması bakımından, süre uzatılmasının şartları imzalanacak olan kamu ihale sözleşmesinde belirtilmelidir⁹⁸.

Yasal sınırın üzerinde iş artışı olması durumunda idare tarafından yükleniciye bunun için ödeme yapılabileceği konusunda Yargıtay'ın bir kararına göre yasal sınırın üzerinde hukuken geçerli olmayan bir sözleşmeye dayanarak yükleniciye ödeme yapılması hukuken mümkün olmamakla birlikte, yüklenicinin bu yaptığı imalatlar karşılığında belli bir maddi külfet altına girmesi ve buna karşı belediyenin mal varlığında bir artış olması nedeniyle, yükleniciye sözleşme dışında fazladan yaptığı işler için TBK m.529'da yer alan vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak yüklenici karı hariç yapmış olduğu işler ile zaruri masraflarının karşılanması gerekir⁹⁹.

Bazı durumlarda hatalı ve yanlış değerlendirme sonucunda süre uzatımı verilmiş olabilir. Mesela sözleşmenin ifası istem dışı bir şekilde gecikmiş olabilir ve bu durum idareden kaynaklanan sebepler yüzünden sözleşmenin geç imzalanmış olmasından kaynaklanabilir. Böyle bir durumda, sözleşme koşullarının yerine getirilmesindeki gecikme,

⁹⁸ Mal, hizmet, danışmanlık hizmeti ve yapım işlerine ait tip sözleşmelerde söz konusu şartname hükümlerine aynen yer verilmiş olup, çerçeve anlaşma ihalelerine dayanarak imzalanan münferit sözleşmelerde de bu hükümler mevcut şartlarıyla yer almaktadır. İlave iş artışı ise 4735 s.K.m.24'te düzenlenmiştir.

⁹⁹ Sayıştay TTK, T.08.06.2010, Dosya No:30984. Zevkliler / Havutçu, s.351. Yavuz, s.567. Aral, s.390.

sözleşmenin geç akdedilmesinden ileri geliyorsa ve gecikmede müteahhidin kusuru bulunmuyorsa, gecikme cezası da kesilemez¹⁰⁰. Yine bundan başka, ödenek olmasına rağmen, nakit darlığı dolayısı ile ödeme yapılmadığı gerekçesi ile süre uzatımı verilmesinde idarenin sebebiyet verdiği bir gecikme söz konusudur¹⁰¹.

Herhangi bir şekilde yukarıda sayılan haller sonucunda kamu ihale sözleşmesindeki işin yapım veya teslim süresi uzatılmış ise yeni süre, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, önceki sürenin sona ermesini izleyen birinci günden başlar¹⁰² (TBK m.95).

2.3.3.3.2.2.Yeni Süreye Uygun Olarak Ödeme Koşullarının Düzenlenmesi

İşin yapılma veya teslim edilme süresinde değişikliğe gidilmesi sonucu ödeme koşullarının bu değişikliklerden olumsuz etkilenmesi söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda ödeme koşullarının da yeniden düzenlenmesi gerekebilir. Bu sebeple olacak ki kanun koyucu işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresinde yapılan değişikliklerle birlikte *bu süreye uygun olarak ödeme şartlarının* da düzenlenebileceği hükmünü öngörmüştür.

Kanımızca işin süresinde yapılan değişiklik sonucu, buna bağlı olarak ta ödeme şartlarının yeniden düzenlenmesi zorunlu bir husus olmayıp, tarafların iradelerine bırakılmış bir tercihtir. Çünkü işin yapılma veya teslim süresinin öne alınması her zaman, sözleşmede daha önceden kararlaştırılan ödeme koşullarına olumsuz olarak yansımayaabilir. Örneğin taraflar, idarenin sözleşme bedelinin, anlaşılan tarihten daha erken yükleniciye ödemesi konusunda bir mutabakata varabilirler. Bu takdirde yüklenici de yapılacak değişiklik sözleşmesi ile mümkün olursa işin yapımını veya mal teslimini erkene alabilir. Böylece ödeme şartlarında yeniden bir yapılandırmaya ihtiyaç kalmayacaktır.

İşin yapımının veya teslim süresinin erkene alınması sonucunda eğer ödeme şartları yeniden düzenlenecek ise, her ne olursa olsun sözleşme bedeli aşılmayacaktır. Yani işin yapılma veya teslim süresinin erkene alınması sonucunda, eğer sözleşme bedeli taksitlere

¹⁰⁰ S.2.D. Karar No:1969/23991.

¹⁰¹ S.2.D. Karar No:1970/24636.

¹⁰² Kocayusufoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, İfa, s.53. Oğuzman / Öz, Cilt 1, s.320. Reisoğlu, s.326. Hatemi / Gökyayla, s.222.

ayrılmışsa, bunlar düzenlenecek ya da işin yeni yapım veya teslim süresine göre ödeme şartları hakedişlere yansıtılacaktır.

4735 e göre sadece m.15 sınırları çerçevesinde değişiklik yapılabilir. Buna dayanarak hazırlanan değişiklik sözleşmesinde ifa zamanının erkene alınması sonucunda düzenlenecek ödeme şartlarında, sözleşme bedelinde indirim yapılmasına yol açan bir değişiklik geçerli değildir. Çünkü m.15 buna müsaade etmez. Nitekim TBK m.96'ya göre de sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir¹⁰³. Ancak, kanun veya sözleşme ya da âdet gereği olmadıkça borçlu, erken ifada bulunması sebebiyle indirim yapamaz.

4735 s.K.'a göre işin, herhangi bir sözleşme değişikliği yapılmadan da süresinden önce bitirilmesi söz konusu olabilir. Şöyle ki m.24/f.4'e göre sözleşme bedelinin % 80'inden daha düşük bedelle tamamlanacağı anlaşılan işlerde, yüklenici işi bitirmek zorundadır. Bu durumda sözleşme süresinden önce bitecektir ve yükleniciye, yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici karına karşılık olarak, sözleşme bedelinin % 80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının % 5'i, geçici kabul tarihindeki fiyatlar üzerinden ödenir.

Ayrıca HİGŞ m.36 ve YİGŞ m.41/f.14'e göre taahhüdün sözleşmede tespit edilmiş süreden önce tamamlaması halinde, yüklenicinin isteği üzerine, idare sözleşmedeki bitim tarihini beklemeksizin kabul ve ödeme işlemlerini tamamlar.

3.Değişiklik Yapılması

3.1. Değişiklik Sözleşmesi

Taraflar kamu ihale sözleşmesinde m.15'te belirtilen şartlar çerçevesinde bir değişiklik yapmak istedikleri takdirde bunu bir sözleşmeye bağlamak zorundadırlar. Çünkü sözleşme değişikliğinin subjektif şartını yerine getirmek için idare ve yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması gerekir. Bu karşılıklı anlaşma tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulacağından (TBK m.1) burada mevcut olan kamu ihale sözleşmesinden bağımsız bir şekilde kurulmuş bir *değişiklik sözleşmesi* vardır. Ayrıca hem

¹⁰³ Kocayusufoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, İfa, s.53. Oğuzman / Öz, Cilt 1, s.325. Reisoğlu, s.329. Hatemi / Gökyayla, s.224.

yapım işleri hem de hizmet işleri genel şartnamelerinde olduğu gibi idare ile yüklenici arasındaki her türlü iletişim, yazılı olarak yapılır.

Yapılacak olan değişiklik sözleşmesinin içeriği m.15'te belirtilen şartlar dahilinde düzenlenecektir. Yani burada, işin yapılma veya teslim yeri ile işin süresinden önce yapılması ya da teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları değişiklik sözleşmesinin içeriğini oluşturacaktır.

TBK m.13'e göre kanunen yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur¹⁰⁴. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır. Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır. Örneğin notere tescil edilen kamu ihale sözleşmesinin değişikliği de notere onaylatılacaktır. Bunun anlamı değişikliğin de yazılı bir değiştirme sözleşmesiyle gerçekleştirilebileceğidir. Zira sözleşmenin değiştirilmesi, tarafların birbirine uygun irade beyanlarına tabidir ve bununla daha önceden yazılı olarak yapılmış olan sözleşmenin bir veya birkaç kısmı (hükmü) değiştirilmektedir. Buradaki değişiklik sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin değişikliktir. Değişiklikle taraflar, sözleşmenin esaslı bir unsurunu kaldırır veya ağırlaştırır ya da böyle bir unsur yerine başka bir unsur koyabilirler. Örneğin faize bağlı bir ödünç sözleşmesinde faiz şartı kaldırılabilir veya ağırlaştırılabilir gibi, taraflar daha önce kararlaştırmadıkları bir cezai şartı da sözleşmeye ekleyebilirler. Buna karşılık sözleşmede yapılacak değişiklikler esaslı noktalara değil de yan(ikinci derecedeki) noktalara ilişkinse, bunlar, tamamlayıcı nitelikte olduklarından, yazılı şekle tabi değildir. Ancak, yan noktalardaki değişikliklerin sözleşmenin bütünü ile de çelişmemesi gerekir. Örneğin bir sözleşmede taraflarca daha önce kararlaştırılmamış olan ifa yeri veya zamanı değiştirilecekse, bu değişiklik esaslı noktalara ilişkin olmadığı için, bunun yazılı şekilde yapılması şart değildir¹⁰⁵.

TBK m.13'te açıkça hükme bağlanmamış olmakla birlikte, resmi şekle tabi bir sözleşmenin değiştirilmesi de yine resmi şekle bağlıdır. Aksi halde yapılan değişiklik geçerli olmaz¹⁰⁶. Buna karşılık TBK m.13, tarafların TBK m.17'ye göre iradi yazılı şekle tabi

¹⁰⁴ Oğuzman / Öz, Cilt 1, s.141. Reisoğlu, s.80. Hatemi / Gökyayla, s.42. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Giriş, s.270.

¹⁰⁵ Bazı yazarlara göre sağlık şartı olarak öngörülmüş bir şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler de kesin hükümsüzdür. Fakat Eren'e göre kısmi geçersizlik söz konusudur, Eren, s.258.

¹⁰⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.129.

tuttukları sözleşmelerin değiştirilmesinde uygulanmaz. Taraflar, bir sözleşmeyi yazılı şekilde yapmayı kararlaşırsalar bile, bunu yazılı şekle uymadan değiştirebilirler¹⁰⁷.

Genel hükümlerde hal böyle iken kamu ihale sözleşmelerinde, kanunen yazılı şekil şartı zorunluluğu mevcuttur. 4734 s.K.m.4'teki kamu ihale sözleşmesi tanımına göre sözleşme, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan *yazılı* anlaşmadır. Ayrıca idare, yüklenici, kontrol teşkilatı ve yapı denetim görevlisi arasındaki her türlü iletişim, yazılı olarak yapılır. Sözleşmeye göre herhangi bir kişi tarafından bir izin, onay, belge, olur verilmesi veya tespit yapılması, ihbar, çağrı veya davette bulunulması gerektiğinde, bunlar taraflar aksini kararlaştırmadıkça yazılı olacaktır (YİĞŞ m.5 ve HİĞŞ m.5). Kanımızca, kamu ihale sözleşmelerine özel yazılılık şartı olduğu için, esaslı noktalara ilişkin olup olmadığına bakılmaksızın bu sözleşmelerin değiştirilmesi için yapılacak olan değişiklik sözleşmelerinin de TBK m.13'e uygun bir şekilde yazılı olarak yapılması gerekir.

4735 s.K.m.15'te sayılmayan hususlardan birinin değiştirilebilmesine imkân tanımak için sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulamaz. Çünkü burada yer alan şartlar, kanuni şartlardır. Bu madde kapsamında olmayan bir konuda değişiklik öngören bir hüküm konulması halinde kanuna aykırılık söz konusu olur ve maddenin niteliğine ve içeriğine bağlı olarak kısmi ya da tam kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır.

Maddede yer alan “işin yapılma veya teslim yerinin” değiştirilmesi hususunda idarelerin dikkatli davranmaları gerekmektedir. Çünkü “işin yapılma veya teslim yeri” isteklilerin fiyat tekliflerini hazırlarken göz önünde bulundurdıkları önemli hususlardan bir tanesidir. Bu hususun sözleşme imzalandıktan sonra idare zararına ve gerçekler belirtmeden değiştirilmesi birçok olumsuz düşüncüyü çağrıştırabilir. Örneğin idare ile isteklinin bu hususta önceden anlaşmaları düşünülebilir. İdarelerin bu tür bir olumsuz durumla karşılaşmamları için, sözleşmedeki “işin yapılma veya teslim yerinin” değiştirilirken kabul edilebilir, açıklanabilir ve bunların belgelendirilebilir gerekçelere dayandırılması gerekmektedir¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Eren, s.259.

¹⁰⁸ Özek, Ali/Kaya, Osman, **Kamu İhale Rehberi**, Seçkin Yayınevi, 2003, Ankara, s.539.

3.2. Sözleşme Değişikliğinin Genel İşlem Şartları Bakımından Değerlendirilmesi

Kamu ihale sözleşmelerinin genel işlem şartları bakımından da değerlendirilmesi gerekir. TBK m.20'ye göre genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz¹⁰⁹. Bu anlamda çerçeve sözleşmelere dayanılarak imzalanan münferit sözleşme hükümleri ve mal, hizmet alımı, danışmanlık hizmet alımı ile yapım işlerine ait tip sözleşmelerin hükümleri de genel işlem koşulu olarak addedilebilecektir. Yine aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metninin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez (TBK m.20/2).

Ayrıca kamu ihale sözleşmelerinin kuruluş usulü ve hazırlanması bakımından TBK m.20/f.4 uyarınca genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.

Genel işlem şartlarının varlığından söz edebilmemiz için gerekli olan unsurlar doktrinde şu şekilde sıralanmıştır¹¹⁰:

- Sözleşmenin içeriğine dâhil edilmesi,
- Önceden tek yanlı olarak belirlenmesi,
- Çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanması.

Genel olarak baktığımızda kamu ihale sözleşmelerinin hazırlanışı açısından bu unsurlara haiz olduğu söylenebilir. Fakat kamu ihale sözleşmeleri genel olarak tip sözleşmeler aracılığıyla uygulandığından, bu sözleşmelerin geçerliliği idarenin yükleniciye, sözleşmede yer alan koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde bu koşullar *yazılmamış* sayılacaktır (TBK m.21). Bu bağlamda, usulüne uygun şekilde yapılan bir ihaleye dayanarak imzalanmış bir kamu ihale sözleşmesinde böyle bir geçersizlik (yazılmamış

¹⁰⁹ Atamer, Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, Şubat 2001, s.67.

¹¹⁰ Çınar, Ömer, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2009, s.52 vd.

sayıma) yaptırımı ile karşılaşma ihtimalinin zor olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü ihaleye hazırlık aşamalarında ve ön ilanlarda, isteklilere sözleşme içeriğinden haberdar olma imkânı yeterince ve kanunen tanınmaktadır. Bu durum, isteklilerin kamu ihale sözleşmelerinde yer alan genel işlem koşullarının içeriğine hâkim olduklarına yönelik bir karine teşkil edebilir. Bu bakımdan gerek tip sözleşmelerde gerek sözleşme eki olan ihale dokümanındaki idari ve teknik şartnamelerde yer alan genel işlem koşullarının geçersiz olup olmadığının tespiti, ihale sürecinin kanuna uygun olarak yapılıp yapılmadığı saptanarak değerlendirilecektir.

Kamu ihale sözleşmelerinin 4735 s.K. m.15 hükmüne uygun olarak değiştirilmesinde sakınca yoktur. Ancak buna aykırı olarak genel işlem koşullarının bulunduğu bir kamu ihale sözleşmesinde yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılacaktır (TBK m.24). Bu hüküm, 4735 s.K. m.4/f.2’de yer alan ve m.15’te belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği hükmü ile paralel niteliktedir.

Bundan başka TBK m.25’e göre kamu ihale sözleşmelerinde yer alan genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacaktır. Uygulamada da Yargıtay kararlarında genel işlem koşulları kullanan tarafın sözleşmenin içeriğini belirlerken dürüstlük kurallarına uyması gerektiği, aksi takdirde söz konusu koşulların hükümsüz olacağı sonucuna varılmıştır¹¹¹.

4. Sözleşmede Değişiklik Yapılmasının Sonuçları

4735 s.K. m.15 çerçevesinde, kanuna uygun bir şekilde yapılan değişiklikler geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurur. Kanunun izin verdiği sınırlar çerçevesinde yapılan değişiklik sözleşmesi ile işin yapılma veya teslim yeri ile işin süresi konularında yapılan değişiklikler sonucunda yüklenicinin ifa yeri veya zamanı değişmiş, yenilenmiştir. Artık işin yapılma veya teslim yeri ya da işin süresi hakkında değişiklik sözleşmesinde yer alan yeni hükümler uygulanacaktır. İşin yapılma veya teslim yeri ya da işin süresi ile ilgili değişiklik sözleşmesi hükümleri, ilk sözleşmede yer alan hükümleri ilga etmiş onların yerine geçmiştir.

¹¹¹ Çınar, s.135.

İşin yapılma veya teslim yerinin değiştirildiği durumlarda her iki tarafın da rızası olduğu için, sözleşme eklerinde yer alan ve sözleşme değişikliğinin mali sonuçlarının yükleniciye ödettilmesini öngören şartname hükümlerine aykırı hareket edilmeyecektir. Burada yapılan değişiklik sonucunda meydana gelen ekstra masrafların sözleşme bedeli ile ilgisi olmayıp yüklenici tarafından ayrıca karşılanır.

Örneğin işin yapılacağı yerin yükleniciye teslimi, sözleşme veya eklerinde belirtilen esaslara göre yapılır. İşyeri, işin özelliğine göre yükleniciye kısımlar halinde de teslim edilebilir. Bu noktada işin yapılacağı yerin yükleniciye tesliminde gecikme olması halinde bu gecikme işin bir kısmının veya tamamının zamanında bitirilmesini etkilerse işin süresi, gecikmeyi karşılayacak şekilde işin ilgili kısmı veya tamamı için uzatılır. Yüklenici bu nedenle sözleşme bedelinin artırılmasını veya sözleşmede öngörülenler dışında kendisine bir ödemede bulunulmasını isteyemez (HİGŞ m.7/f.2).

İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresinde yapılacak sözleşme değişikliklerinde öncelikle ilk sözleşmede kararlaştırılan işin süresi aşılmayacak, sonrasında yeni tayin edilen bu süreye uygun olarak düzenlenecek olan ödeme şartları sözleşme bedelini aşmayacaktır. Bu noktada, düzenlenecek olan ödeme şartları, hâlihazırda mevcut olan sözleşme bedelinin yeni süre ile bağlantılı olarak yapılandırılması olacaktır. Burada sözleşme bedelinde herhangi bir artış olmayıp, ödeme zamanlarına, koşullarına ve yöntemlerine ilişkin bir düzenleme vardır.

5. Kamu İhale Sözleşmelerinin Uyarlanması

Türk doktrini ve yargı kararları, sözleşme şartlarının sonradan önemli ölçüde değişmesi, işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi halinde, adalet, doğruluk ve dürüstlük kurallarına dayanarak uyarlamayı kabul etmektedir. Böyle durumlarda sözleşmenin değişen şartlara ve durumlara uydurulmasına sözleşmenin uyarlanması denir¹¹².

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması tarafların daha önceden sözleşmeye uyarlamanın nasıl yapılacağına ilişkin kurallar koyması ile olabilir. Buna iradi uyarlama denir.

¹¹² Eren, s.438. Baysal, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 12 Levha Yayınları, İstanbul, Şubat 2009, s.5.

Bir diğerk uyarlama şekli ise kanuni uyarlamadır. TBK’da genel anlamda uyarlamayla ilgili bir hüküm olmamakla beraber, hem genel hem de özel hükümler kısmında sözleşmelerde değışen şartlar ve uyarlama hakkında olumlu veya olumsuz kurallar öngörölmüştür¹¹³. Sözleşmenin değışen şartlara uyarlanması için gerek iradi, gerek kanuni bir hüküm bulunmaması durumlarında hâkimin bizzat kendisi örf ve adet kuralları ile uyarlamayı yapar. Sözleşmenin değışen şartlarının uyarlanmasının bazı şartları vardır:

- Geçerli olarak kurulmuş olan sözleşmede uyarlama imkânı(boşluğu) bulunmalıdır.
- Hâkim, sözleşmeyi değışen şartlara kendi koyduğu kurallarla uyarlamalıdır.
- Uyarlamayı engelleyen bir durum olmamalı, özellikle de uyarlama isteyen kusurlu bulunmamalıdır¹¹⁴.

Hâkim sözleşmeyi değışen şartlara uyarlamaya karar verirse, her iki tarafın menfaatini göz önünde tutmak suretiyle sözleşmenin amaç ve anlamına en uygun düşen uyarlama şeklini seçmelidir. Yalnız bu noktada karar verirken iki tarafların da rızasını almalıdır¹¹⁵.

Sözleşmelerin değışen şartlara uyarlanması sözleşmenin içeriğine, esaslı noktalarına veyahut süresine ilişkin olabilir. Kamu ihale sözleşmeleri bakımından sözleşmenin değışen şartlara uyarlanması, taraflardan birinin kusurundan kaynaklanmayan ve taraflarca öngörölmeyen sebeplerle sözleşmenin ifasının zora girmesi durumlarında mümkündür. Nitekim bu gibi hallerde, hem 4735 s.K.m.24’te hem de genel şartnameler ve çıkarılan tip sözleşmelerde sözleşmenin süresinin uzatılmasına yönelik hükümler ve bunların şartları yer almaktadır. Bu hükümler bir anlamda kanuni ve iradi uyarlama sayılabilirler.

Kamu ihale sözleşmelerinin hâkim tarafından değışen şartlara uyarlanması ise, yapım işi ihalesine dayanarak imzalanan ve 4735 s.K.m.6/f.1-a bendine göre götürü bedel üzerinden veya 4735 s.K.m.6/f.1-d’ye göre bir kısmı götürü bedel üzerinden olan karma sözleşmelerde söz konusu olabilir. Çünkü eser sözleşmesini düzenleyen TBK hükümlerinde yer alan ve iş sahibinin borcunun götürü bedel olması halinde uygulanacak olan m.480’e göre bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörölenenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.

¹¹³ Eren, s.439.

¹¹⁴ Eren, s.441. Baysal, s.223 vd.

¹¹⁵ Eren, s.442.

Ancak söz konusu hükmün 2.fikrasına göre, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden 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. Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.

Eser sözleşmelerinde hâkimin sözleşmeyi uyarlamasına bir örnek olarak TBK’da öngörülen bu hüküm, tarafların imzaladıkları kamu ihale sözleşmesinde, bu sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin başka bir hükme yer verilmemesi durumunda tamamlayıcı bir kural olarak devreye girecektir.

Kamu ihale sözleşmelerinde sonradan imkânsızlık durumunda, aşırı ifa güçlüğü yaşanması halinde sözleşmenin bu değişen şartlara uyarlanması konusunda daha genel bir hükme TBK m.138’de yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

İKİNCİ KISIM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN DEVRİ

1.Devrin Yapılması - Devir Sözleşmesi

1.1.Kurulması

Bir sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin hukuki durumunun bir bütün olarak yüklenilmesine, sözleşmenin devri denir. Sözleşmenin devrinde bir taraf sözleşmeden ayrılı ve üçüncü bir kişi, ayrılan taraf ait hukuki durumun tamamını kazanarak onun yerine geçer. Burada alacağın temliki ve borcun naklinde söz konusu olan alacak ve borcun devrinin yanında defa hakları ile yenilik doğuran haklar da bir bütün olarak devralana geçer¹¹⁶.

Bir kamu ihale sözleşmesinin geçerli olarak devrinin yapılabilmesi için geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunması, sözleşmenin tarafları ile devralan arasında bir devir sözleşmesinin yapılmış olması ve bunun mevcut sözleşmedeki bütün hak ve borçları kapsamaması gerekmektedir¹¹⁷.

Kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin devredilmesi, asıl sözleşmenin dışında yapılacak olan bir devir sözleşmesi ile gerçekleştirilir. Devir sözleşmesinin ne olduğu tek madde ile 6102 s. TBK’da 205.maddede tanımlanmıştır¹¹⁸. Bu hükme göre “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.” Aynı hükmün 2.fikrasında ise, sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşmanın da, sözleşmenin devri hükümlerine tabi olduğu söylenmiştir. İşte burada 4735 s.K. m.16’daki devir sözleşmesinden söz edilmektedir. Çünkü m.16’ya göre, “Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Yani önce idare (ihale yetkilisi) yazılı izin verecek ve ardından devir sözleşmesi yapılacak. Burada devir sözleşmesinin kurulabilmesi için kanun tarafından özel

¹¹⁶ Eren, s.1206.

¹¹⁷ Kılıçoğlu, s.824 vd.

¹¹⁸ Hatemi / Gökyayla, s.371. Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.600. Reisoğlu, s.483. Kılıçoğlu, s.823.

şartlar konulmuştur. Bu yüzden geçerli bir devir sözleşmesinin kurulabilmesi için söz konusu şartlara uyulması zorunludur. Nitekim TBK m.205/f.4'te kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir.

Bundan başka, 2886 sayılı Devlet İhaleleri Kanununa tabi sözleşmelere uygulanmak üzere bu kanunda da sözleşmelerin devri düzenlenmiştir. Tek madde ile hüküm altına alınan sözleşmelerin devri hususu burada 66.maddede düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre sözleşme, ita amirinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. İzinsiz devir yapılması halinde, sözleşme bozulur ve yüklenici veya müşteri hakkında aynı kanunun 62.maddesinde yer alan sözleşmenin feshine ilişkin hüküm uygulanır.

Bir kamu ihale sözleşmesinin devrinin yapılması için öncelikle ihale yetkilisinin yazılı izni alınmalıdır. Bu yazılı izin devir sözleşmesinin yapılması için bir önşarttır. Daha sonra devredecek olan ile devralacak olan taraf yazılı bir sözleşme imzalar. Bu sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte taraflar arasında geçerli bir devir sözleşmesi kurulmuş olur. Kurulan bu sözleşmenin taraflar açısından hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, sözleşmede öngörülmemişse herhangi bir tescil makamının özel olarak onayına ihtiyaç yoktur. Çünkü hem kanunda böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir hem de devir sözleşmesinin kurulması için gerekli olan izin sözleşme kurulmadan önce alınmıştır. Ancak yapılacak devirlerde işyerlerinin de devri söz konusu olduğunda bunun kendine özgü şekil şartlarına riayet edilecektir.

Hizmet alımı sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüş olup, buna göre devreden ve devralanın yanında idarenin de devir sözleşmesini imzalaması aranmıştır. İhale yetkilisince gerekli iznin verilmesinin ardından düzenlenecek devir sözleşmesinde ihale yetkilisi, devreden ve devir alanın imzaları ile devreden ve devir alanın 4735 s.K. m.16'da belirtilen yasak durumlarının olmadığına ilişkin beyanlarının bulunması ve devir alacakların ilk ihaledeki şartları gerçekleştirmesi zorunludur. Devir sözleşmelerinde ayrıca, devralan yüklenicinin devreden yüklenicinin yaptığı sözleşmeden doğan tüm yükümlülüklerini devreden tabi olduğu veya olacağı kapsam ve içeriği ile yüklendiği hususu da yer alır (HİGŞ m.52/f.2).

Uygulamada sözleşmenin yapılmasından önce ihale konusu işin devrinin yapılıp yapılamayacağına ilişkin farklı kararlar mevcuttur. Sayıştay, bir kararında ilgili bakanlık ya da

dairesinin izni alınsa bile, mukavelesi yapılmadıkça ihalesi kararlaştırılmış madde veya hizmet konulu işlerin, başka bir müteahhide devredilmesinin mümkün olamayacağına hükmetmiştir¹¹⁹. Daha sonraları alınan bir kararında da sözleşme yapılmadan önce idarenin izni alınarak işin başkasına devredilmesinde sakınca görülmediğine karar vermiştir¹²⁰. Kanımızca da, ihalesi yapıp bittikten sonra daha henüz sözleşme imzalanmamışken idarenin yazılı izni ile ihale konusu işin aynı şartları taşıyan bir başkasına, mesela en yüksek teklifi veren ikinci istekliye, devredilmesi mümkündür. Ama burada da hem ihale yetkilisinin yazılı izni, hem de devralacak olan tarafın, devredenin şartlarını taşıması gerekmektedir.

Yoksa diğer ihaleye katılanlar veya üçüncü kişiler 4734 s.K. m.5'teki ihale sürecinde uyulması gereken temel ilkeler arasında yer alan saydamlık, rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik gibi ilkelere aykırı davranıldığı gerekçesiyle sözleşmenin geçersizliği iddia edilebilecektir.

Kamu ihale sözleşmelerinin devri ile ilgili bir husus ta Kamu İhale Genel Tebliğinde sözleşmenin devrine ilişkin açıklamalar bölümünde yer verilmiştir. Buna göre kısmi teklife açık gerçekleştirilen bir ihalede bir yüklenici ile birden fazla sözleşme yapılan durumlarda; devreden, sözleşmelerin tamamını veya sadece sözleşmelerinden birini bir tek istekliye devredebilir. Devir alan da sadece devredenin tüm sözleşmelerini veya sözleşmelerinden birini devir alabilir; birden fazla yüklenicinin sözleşmesini devir alamaz¹²¹.

Bir kamu ihale sözleşmesinin devri için yapılacak olan devir sözleşmesinin 4735 s.K.m.16'ya tabi olması için m.40'a göre yürürlük tarihi olan 01.01.2003'ten sonra yapılmış olması gerekir. Bu tarihten önce imzalanmış olan devir sözleşmelerine m.16'daki şartlar ve devir yasakları uygulanamayacaktır¹²².

1.2.Tarafları

Devir sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla üç taraflı sui generis bir sözleşmedir. Bu sözleşme, sözleşme ilişkisinin kalan, değişmeyen tarafı ile sözleşmeden ayrılan ve sözleşmeye

¹¹⁹ S.7.D. T.23.12.1969, E.1969/97, K.1969/3488.

¹²⁰ S.D.K.K. T.05.10.1977, E.1977/319, K.1978/1.

¹²¹ Kamu İhale Genel Tebliği, 22.08.2009 Tarih, RG Sayı: 27327, m.27.4.

¹²² Doğanıyğit, s.1298.

yeni giren taraf arasında yapılır¹²³. Buna göre kamu ihale sözleşmesinin devrinde taraflar genel itibariyle:

- İdare,
- Devreden eski yüklenici ve
- Devralan yeni yüklenicidir.

Ancak devir sözleşmesi bizzat devreden ile devralan arasında imza edilir. İdarenin buradaki fonksiyonu, devir sözleşmesinin yapılmasına izin vermekten ibarettir. Buradaki idare ihaleyi yapan ve kamu ihale sözleşmesini imzalayan ve devredilmesi konusunda yazılı izni verecek olan makamdır.

Devir sözleşmesinde *devreden*, idare ile yapılan kamu ihale sözleşmesini imzalayan ve bu sözleşmedeki tüm hak ve borçlarını bütünüyle devreden yüklenicidir. Devir sebepleri, sözleşmeyi ifada zorlanmak, maddi olarak acz içine düşmek, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde işin yapılmasına güç yetirememek olabilir. Bu gibi durumlarda yüklenici, devralacak olanı da belirterek, kamu ihale sözleşmesinin devredilmesi için yazılı olarak idareye başvuracaktır. İdare söz konusu sebepleri ve devralacak olandaki yeterlilik şartlarını değerlendirdikten sonra haklı bulursa devre izin verecektir.

Devir sözleşmesinde *devralan* taraf, kamu ihale sözleşmesinin yeni tarafı olan yüklenicidir. Artık tüm sözleşme ve eklerinden idareye karşı sorumludur. Devir sözleşmesinin tarafları bakımından önemli bir husus ta, devreden kamusal ihale sözleşmesinin konusu olan ihaleyi üzerine alırken ki haiz olduğu şartlardır. Kısaca ihalenin kendi üzerine yapılması sebepleridir. Çünkü devralan yeni yüklenicinin de bu şartlara haiz olması gerekmektedir. Bu şartı yerine getirmesi ve yasaklı olmaması koşuluyla her gerçek veya tüzel kişi devralan olabilir. İlk yapılan ihaleye katılmış olma zorunluluğu yoktur. Fakat gerek sözleşme bedeli gerekse işin süresi gibi konularda herhangi bir farklılık olmayacak. Sadece mevcut hali ile devam etmekte zorlanan yüklenici tarafın şahsı değişecektir.

Tarafların klasik anlamda devir işlemini gerçekleştirmelerine ihtiyaç olmadan, kanun gereği sözleşmenin tarafının değişebilmesine imkan tanıyan bazı özel durumlar da vardır. Bunlardan bir tanesi yüklenicinin ölmesi durumudur. Yüklenicinin ölümü halinde 4735 s.K. m.17 uyarınca, sözleşme feshedilmek suretiyle hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek

¹²³ Eren, s.1207.

kesin teminatları ve varsa diğer alacakları varislerine verilir. Ancak, aynı şartları taşıyan ve talepte bulunan varislere idarenin uygun görmesi halinde, ölüm tarihini izleyen otuz gün içinde varsa ek teminatlar dahil taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı vermeleri şartıyla sözleşme devredilebilir. Burada devredenin mirasçıları, devralan statüsünü kazanmaktadırlar.

Benzer bir hüküm eser sözleşmeleri için uygulanmak üzere TBK m.486'da öngörülmüştür. Buna göre yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.

Bu hükmün mefhumu muhalifinden, yüklenicinin kişisel özelliklerine bağlı olmaksızın yapılan yapım işlerine ait kamu ihale sözleşmelerinin devredilebileceği sonucuna varabiliriz. Nitekim TBK'da yer alan ve sözleşmelerin koşullara bağlanması ile ilgili olarak konulan m.174 hükmüne göre de eğer koşul, taraflardan birinin bizzat yerine getirmesi gerekli bir davranış değilse, o tarafın ölümü hâlinde mirasçısı onun yerine geçebilir. Keza Yargıtay'a göre de yüklenicinin ölmesi durumu, yapılacak işin müteahhidin kişisel yeteneği ve özelliklerinin dikkate alınması hallerine münhasırdır. Normalde inşaatı müteahhidin mirasçıları da yapabilir¹²⁴.

Devir sözleşmesi yapmadan kamu ihale sözleşmelerinde taraf değişikliğine yol açan bir durum da, yüklenicinin ortak girişim olması halini düzenleyen 4735 s.K.m.18'de öngörülmüştür. Buna göre ortak girişimlerce yerine getirilen taahhütlerde, ortak girişimdeki pilot veya koordinatör ortağın ölümü halinde, sözleşme feshedilmek suretiyle yapılmış olan işler tasfiye edilerek kesin teminat iade edilir. Bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde de, teminat dahil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir. Burada diğer ortaklar veya ortak, pilot ortağın yerini almaktadır. Bu anlamda devir sözleşmesindeki gibi devreden ve devir alan yoktur. Fakat diğer ortaklar veya ortak, pilot ya da koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukları üstlenmiş ve kanundaki ifadesiyle sözleşme yenilenmiştir.

¹²⁴ Y.15.HD. T.11.12.1990, E.1503/1990, K.4707/1990.

Kamu İhale Genel Tebliğinde yapılan açıklamaya göre iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak yapılan sözleşmelerde, iş ortaklığını veya konsorsiyumu oluşturan ortakların herhangi birinde değişiklik olması halinde sözleşmenin devri sayılacaktır¹²⁵. Taraf değişikliğinin yapılmasından sonra m.16'daki yükümlülükler ve müeyyideler geçerli olacaktır¹²⁶. Kanımızca da ister pilot ya da koordinatör ortak olsun ister diğer ortaklardan birisi olsun, gerçekleştirilen taraf değişikliğinin, yazılı ve eğer zorunluluk varsa şekil kurallarına riayet edilerek bir devir sözleşmesi ile yapılması gerekir. Yine 4735 s.K. m.17'deki durumlar için de taraf değişikliğinin bir devir sözleşmesine bağlanması gerekmektedir. Çünkü sözleşmeyi devralan mirasçı, pilot ya da koordinatör ortak veya diğer ortaklardan birisi, artık m.16'da yer alan devir yasaklarına da tabi olacaktır.

Devir sözleşmesinde, sözleşmesinin izin makamı olan idarenin değişmesi de söz konusu olabilir. 4734 s.K.m.2'de sayılan kamu kuruluşlarından birisi olan idare özelleştirilebilir veya bir kanun değişikliğiyle ortadan kaldırılabilir, başka bir kuruma dahil edilebilir. ya da o idarenin yetki alanı değiştirilebilir. Örneğin bir belediyenin imzaladığı kamu ihale sözleşmesine dayanılarak sürdürülen yapım işini ele aldığımızda, daha sonra belediyenin sınırlarının değişmesi durumunda yeni yetkili olan belediye sözleşmeyi devralabilmelidir. Çünkü artık kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesi gereği o mahalden sorumlu tutulacak olan yeni belediyedir.

Hizmet alımı ihaleleri ile imzalanan kamu ihale sözleşmelerinde sözleşme devri mümkün olabileceği gibi işveren tarafı olan idare de değişebilir. Ancak bu durumda hizmet sözleşmesi, sadece işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır (TBK m.429). Burada ayrıca işçinin yazılı rızasının öngörülmesine ihtiyaç yoktur. Çünkü TBK m.205 hükmüne göre sözleşmede kalan tarafın rızası arandığından, bu hüküm kendiliğinden TBK m.429'a da uygulanacaktır¹²⁷.

¹²⁵ Kamu İhale Genel Tebliği, 22.08.2009 Tarih, RG Sayı: 27327, m.27.5.

¹²⁶ Doğanıyğit, s.1299.

¹²⁷ Kılıçoğlu, s.826.

1.3. Şekli

4735 s.K.'da yapılacak olan bütün kamu ihale sözleşmelerinin devrinde geçerli olmak üzere bir şekil şartı ve kuralı öngörülmemiştir. Sözleşmenin devri ile ilgili TBK m.205/f.3'te sözleşmenin devrinin geçerliliğinin devredilen sözleşmenin şekline bağlı olduğu açıkça zikredilmektedir¹²⁸. Buran hareketle diyebiliriz ki devir sözleşmesi, devredilen sözleşme ilişkisi için geçerli olan şekil şartına tabidir. Bu yüzden taraflar arasında yapılacak olan devir sözleşmesi yazılı olmak zorundadır. Çünkü kamu ihale sözleşmeleri kanunen yazılı olmak zorundadır. Doktrinde yer alan karşıt görüşe göre uygulamaya pratiklik kazandırması açısından, özellikle taşınmaz mülkiyetinin devri söz konusu olduğunda sözleşme devirlerinin şekil şartına uyulmaksızın geçerli olarak yapılabilmesi gerekmektedir¹²⁹.

Taraflar arasında yapılacak olan devir sözleşmesinin yanında, bu sözleşmenin yapılmasına izin verecek makam olan ihale yetkilisi de, bu izni yazılı olarak vermek zorundadır. Çünkü m.16'ya göre kamu ihale sözleşmesi ancak, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin *yazılı* izni ile başkasına devredilebilir.

Sözleşmenin henüz imzalanmasından önce de devrin yapılabileceğinden söz etmiştik. Bu gibi hallerde devir sözleşmesinde şekle dikkat edilmemesi gerekir. Çünkü ortada bir sözleşme dahi olmadığından ihale konusu işin devrinin bir devir sözleşmesi niteliğinde olmadığı açıktır. Ancak yine ihale yetkilisinin yazılı izni olmalıdır. Böylece devir işleminde, ihale dökümanında öngörülse dahi herhangi bir şekle uyulması zorunlu değildir. Çünkü daha henüz sözleşme imzalanmamıştır. Bu noktada devir sözleşmesinde uygulanacak olan genel yazılılık kuralı olan TBK m.205'e de gitmeye gerek yoktur.

1.4. Şartları

1.4.1. Genel Olarak

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre kamu ihale sözleşmelerinin devri, şekli, şartları ve sonuçları m.16'da düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre "*Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir*

¹²⁸ Oğuzman / Öz, Cilt 2, s.599. Kılıçoğlu, s.825.

¹²⁹ Oğuzman / Öz, s.600.

alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Buna ek olarak, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, m.16'da belirtilen devir yasaklarına da uyulması gerekmektedir. Buna dayanarak, m.16 kapsamında yapılacak sözleşme devrinin şartlarını şöyle sıralayabiliriz:

- Sözleşmenin devrini gerektiren zorunlu bir halin bulunması,
- Devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların bulunması,
- İhale yetkilisinin yazılı izninin bulunması zorunludur.

Bu şartların kümülatif olarak bir arada bulunması gerekir¹³⁰. Bu şartların tamamının varlığının, gerçekleşip gerçekleşmediğinin takdiri kamu ihale sözleşmesinin tarafı olan idareye bırakılmıştır. Özellikle sözleşmenin devrini gerektiren *zorunlu bir halin* bulunup bulunmadığının takdiri idareye aittir. Ancak uygulamada zorunlu halin tespitinde bazı sorunlar çıkabilir. Böyle bir sorun çıkması durumunda yasal yollara müracaat edilerek bu sorun çözüme kavuşturulabilir.

İkinci olarak, sözleşmenin devrinde devir alacak olan tarafın, sözleşmenin ilk defa imzalandığı anda devreden haiz olduğu şartları taşıması gerekmektedir. Bunlar sözleşme ve eklerinde, ihalede yer alan idari şartnamede özellikle varsa teknik şartnamede öngörülen niteliklerdir.

Son olarak, devir sözleşmesindeki kalan taraf olan idare, bu iki şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir edecek ve bu yönde olumlu olarak yazılı izin vermesi ile birlikte devreden ve devralan, aralarında geçerli bir şekilde devir sözleşmesini yapabilme imkânı bulacaklardır. Bu noktada, sözleşmedeki idareyi temsil eden ihale yetkilisinin yazılı izni olmaksızın sözleşmenin devredilmesinin yapılması mümkün değildir.

Kamu ihale sözleşmesinin devri konusunda 4735 s.K.m.16, emredici bir hükümdür. Taraflar arasında yapılacak olan sözleşme devirlerinde riayet edilmesi gereken temel kural olmakla birlikte bu hüküm ile neredeyse aynı düzenlemeye YİGŞ m46'da yer verilmiştir. Ayrıca HİGŞ m.52'de de m.16'nın temel içeriğine yer verilmiştir.

¹³⁰ Kuluçlu, Erdal, **Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmenin Devri**, Sayıştay Dergisi, Sayı:49, Nisan-Haziran 2003, s.103.

1.4.2.Zorunlu Haller

4735 s.K.m16 çerçevesinde yapılacak devirlerde, ihale yetkilisinin vereceği izne dayanak oluşturacak olan ilk şart zorunlu hallerdir. Bir kamu ihale sözleşmesi ancak, “*zorunlu hallerde*” ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir.

Kanun hükmünün zorunlu hallerden neyi kastettiği konusunda bir açıklık yoktur. Burada, zorunlu haller, 4735 s.K.m.10’da yer alan mücbir sebep halleri gibi teker teker sayılmamıştır. İhale yetkilisi, zorunlu halin takdirinde uygulamaya, ekonomik şartlara, idarenin çıkarlarına, daha çok devredecek olanın sözleşmeyi gereği gibi ifa edebilme olasılığının bulunup bulunmadığı hususlarına bakacaktır. Eğer zorunlu bir halin varlığı tespit edilirse, bu durum sözleşmenin devrine izin verilmesi için başlı başına yeterli bir sebep değildir. Aynı zamanda buna ek olarak, devralacak olanın da ilk ihaledeki şartlara haiz olup olmadığı değerlendirilecektir. Burada zorunlu halin kanun koyucu tarafından bir şart olarak öngörülmesinin sebebi, kamu ihalelerine egemen olan özellikle rekabet ve eşitlik ilkelerine aykırı bir şekilde keyfi olarak kamu ihale sözleşmelerinin devredilmesi uygulamalarının önünü kapamaktır.

Devrin yapıldığı anda zorunlu hal olarak kabul edilen ve devire sebep olarak gösterilen durum, devir yapıldıktan sonra ortadan kalkabilir. Bu takdirde yapılan devrin geçerliliği etkilenmez. Yani devredildiği anda zorunlu olduğu kabul edilen bir sebebe dayandırılarak yapılan devir sözleşmesi, daha sonradan bu sebebin zorunlu hallerden sayılmaması sebebiyle de sakatlanamaz. Bu yüzden devrin usulüne uygun olmadığı gerekçesiyle ihale yasaklılığı hükümleri uygulanmaz.

1.4.3.Yazılı İzin

1.4.3.1.Şekli ve İçeriği

Kamu ihale sözleşmelerinin zorunlu hallerde devrinin yapılması için ihale yetkilisi tarafından verilecek olan iznin ne şekilde yapılacağı konusunda HİGŞ ve YİGŞ’nin 5.maddelerinde yer alan ve birbirlerinin aynıları olan eş düzenlemelere göre kıyas yapabiliriz. Söz konusu hükümlere göre idare ve yüklenici arasındaki her türlü iletişim, yazı ile yapılacak

olup, sözleşmeye göre bir izin, onay, belge, tebligat, olur verilmesi veya tespit yapılması, emir, ihbar, çağrı veya davette bulunulması veya dağıtılması gerektiğinde, bunlar, taraflar aksini kararlaştırmadıkça yazılı olacaktır. Buradan hareketle söyleyebiliriz ki, taraflarca şartnamelerde veya ek sözleşmelerde yer alan hükümler ile bu yazılılık şartının aksine düzenleme yapılabilmesi mümkündür. Zaten bu şartnameler (YİĞŞ ve HİĞŞ) KİK tarafından genel esas ve usulleri belirlemek amacıyla çıkarılmıştır. Ancak, kamu ihale sözleşmelerinin devri, idare ve yüklenici arasında sıradan bir iletişim gerektiren olağan bir ilişki değildir. Sözleşmenin devri, taraflardan birisi açısından o sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını tamamı ile ortadan kaldırmakta iken sözleşmeyi devralan için ise yeni bir sözleşme ile gelen hak ve yükümlülükler demektir. İdare açısından ise, ilk sözleşmeyi birlikte imzaladığı muhatabın tamamen değişmesi demektir. Bu itibarla kanun koyucu kamu ihale sözleşmelerinin devri bakımından özel bir düzenleme getirmiş ve idare tarafından verilecek olan iznin yazılı olması koşulunu aramıştır. 4735 s.K.m.16'ya göre bir kamu ihale sözleşmesi ancak, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir.

İdare, izin talebini değerlendirirken öncelikle 4735 s.K. m.16 kapsamında engel bir durumun olup olmadığını tespit edecektir. Yani sırasıyla zorunlu bir halin gerçekleşip gerçekleşmediğini ve devralanın ilk ihaledeki şartları taşıyıp taşımadığını değerlendirecektir. Buna ek olarak devir yasağına tabi olup olmadığına dikkat edecektir. Çünkü sözleşme devri yapılabilmesi devreden ve devralan isteklilerin geçen 3 yıl içerisinde herhangi başka bir kamu ihale sözleşmesi devretmemiş olması gerekmektedir¹³¹. İhale yetkilisi tarafından imzalanacak olan izinde, tüm bu hususların olumlu olarak yer alması ve açıkça idarenin izin verme beyanının yer alması gerekir.

İdarenin bu şartların tamamı gerçekleşmesine karşın devir sözleşmesi yapılmasına yazılı izin vermesi kendi takdirine bağlıdır. Yani tüm bu şartların oluşması kendiliğinden devrin yapılabileceği ve ihale yetkilisinin de yazılı izin vermek zorunda olduğu sonucunu doğurmaz.

¹³¹ "Kurumun görevlerini etkin ve sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmesi ve sözleşme devir hallerinin tespit edilerek bu konuda gerektiğinde idarelere bilgi verilmesi amacıyla; sözleşmenin devredilmesinde idarece aşağıda belirtilen hususların yerine getirilmesi gerekmektedir:

İdarelerin sözleşmenin devrine ilişkin işlemi onaylamadan önce, sözleşmeyi devreden ve devralanın son 3 yıllık süre içerisinde başka bir sözleşmeyi devredip devretmediğini, www.ihale.gov.tr adresi kullanılarak elektronik ortamda teyit ettirmeleri gerekmektedir. Teyit işleminden sonra, Sözleşme Devir Teyit Belgesinin çıktısı alınarak ihale işlem dosyasında muhafaza edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, 4735 s.K.m.16'da öngörülen fesih ve müeyyide hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Devir sözleşmesi yapıldıktan sonra, idarece Sözleşme Devri Bildirimi Belgesi doldurularak elektronik ortamda Kuruma bildirilir. Sözleşme Devir Belgesinin de çıktısı alınarak ihale işlem dosyasında muhafaza edilir." Kamu İhale Genel Tebliği, 22.08.2009 Tarih, RG Sayı: 27327, m.27.10.

Örneğin yüklenicinin mali açıdan sözleşmeyi gereği gibi ifa etmesi mümkün olmadığında idare sözleşmeyi bir başkasına devretmek zorunda değildir. Duruma göre 4735 s.K.m.20'ye göre sözleşmeyi feshedebilir. Bunun dışında, yüklenici sözleşmenin devrini talep ettiğinde, eğer bu talep reddedilmişse, ihale yetkilisinin izin vermemesini de gerekçeleriyle birlikte yine yazılı olarak yükleniciye bildirmesi gerekir¹³².

Kanımızca ihale yetkilisi tarafından verilecek olan izin, yapılacak olan sözleşme devri için bir *geçerlilik şartıdır*. Çünkü idareyi temsil eden ihale yetkilisinin izni olmadan yapılacak olan sözleşmenin devrine ilişkin “devir sözleşmeleri” geçerli sayılmayacak olup hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır. Ayrıca m.16'da izinsiz yapılacak olan devirlerde kamu ihale sözleşmesinin feshedileceği öngörülmüştür. Yalnız bu iznin sözleşmenin devrinden önce veya sonra olmasının bir önemi yoktur. Çünkü buradaki izin bir idari işlem değildir. 4735 s.K. kapsamındaki kamu ihale sözleşmeleri bir bütün olarak özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu durumda sözleşmenin devri de özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilecek olup, ihale yetkilisi tarafından sözleşmenin devrine verilecek izin, devir anlaşmasının imzalanmasından önce olabileceği gibi sonra da olabilir. Burada devir sözleşmesi askıda olacak, daha sonradan onay niteliğinde verilecek “izin” ile sözleşme geçerli hale gelecek ve taraflar için hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır¹³³. Aksi takdirde ise sözleşmenin devri geçersiz olacaktır. Nitekim TBK m.205/f.2'ye göre de sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir. Ayrıca sözleşmede kalan tarafından hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın bu iznin verilmesi gerekir, aksi takdirde sözleşmenin tarafı değişmez¹³⁴.

Ancak devir sözleşmesine sonradan verilecek olan iznin ne zamana kadar verileceği kanunda düzenlenmemiştir. Burada kamu menfaatleri ön plana çıktığından fazla geç kalınmaması daha sağlıklı olacaktır. Çünkü sözleşmeyi devralan, sözleşmenin ifasına başlayacak ve artık bundan sonra iznin verilmemesi durumunda, devrin geçerli olmamasının sonuçları geriye dönük olarak devralanı olumsuz bir şekilde etkileyecektir. Bu yüzden, devralanın sözleşmenin kaldığı yerden ifasına başlamasından önce mutlaka ihale yetkilisi tarafından devir işlemine izin verilmesi gerekir. Hâlbuki idari işlemlerde durum farklıdır. Burada, idari işlemlerin yetkili kişilerce tesis edilmesi zorunludur. Yetkili kişi ise işlemin tesis

¹³² Bkz. Aynı görüşte: Özek/Kaya, s.542.

¹³³ Kılıçoğlu, 825.

¹³⁴ Oğuzman/Öz, s.599.

edildiği anda yetkili olandır. Yetkisiz kişinin yaptığı bir işleme yetkili kişiye sonradan verilen muvafakat geçerli olamaz¹³⁵.

1.4.3.2. İhale Yetkilisi

Bir kamu ihale sözleşmesinin devrine yazılı izin vermeye yetkili makam ihale yetkilisidir. Çünkü ihale yetkilisinin görevlerinden bir tanesi de kamu ihale sözleşmesinin devrinin yapılmasına izin vermektir (4735 s.K.m.16). Söz konusu hükme göre “Sözleşme, zorunlu hallerde *ihale yetkilisinin* yazılı izni ile başkasına devredilebilir.” Bu noktada kimlerin bu devrin gerçekleşmesine yazılı izin verebileceğinin ortaya konması gerekir. İhale yetkilisinin kim olduğu 4734 s.K.m.4’te belirtildiği üzere idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileridir. Bu durumda idare adına harcama yapmaya yetkili kişi veya kurullar yani harcama yetkilisi, ihale yetkilisidir (İhale Yetkilisi=Harcama Yetkilisi). Harcama yetkilisinin kim olduğu ise 10.12.2003 Tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m.31/f.1’de tanımlanmıştır. Buna göre “Bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin¹³⁶ en üst yöneticisi¹³⁷ harcama yetkilisidir.” Aynı maddenin 2.fıkrasında “Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin merkez ve merkez dışı birimlerinde harcama yetkililerinin görev unvanları itibarıyla tespitine ve harcama yetkisinin devredilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir.” hükmü vardır. Buna dayanılarak Maliye Bakanlığı tarafından 31.12.2005 tarihinde çıkarılan Seri No:1 Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliğ uyarınca yayınlanan tabloya göre, 5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar hariç olmak üzere, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin, sosyal güvenlik kurumlarının ve mahalli idarelerin merkez teşkilatı harcama yetkilileri görev unvanları, bütçeyle ödenek tahsis edilen harcama birimleri ve hesap verme sorumluluğu açısından bağlı oldukları üst yöneticiler itibarıyla aşağıdaki gibi belirlenmiştir¹³⁸.

¹³⁵ Danıştay 5.D. T.13.12.1989, E.1989/2286, K.1989/2735.

¹³⁶ 5018 s.K. m.3/k)’ya göre harcama birimi, kamu idaresi bütçesinde ödenek tahsis edilen ve harcama yetkisi bulunan birimi ifade eder.

¹³⁷ 5018 s.K. m.11/f.1’e göre üst yönetici, bakanlıklarda müsteşar, diğer kamu idarelerinde en üst yönetici, il özel idarelerinde vali ve belediyelerde belediye başkanı üst yöneticidir. Ancak, Millî Savunma Bakanlığında üst yönetici Bakandır.

¹³⁸ Daha ayrıntılı bilgi için Bkz. 31.12.2005 tarihli, Seri No:1 Harcama Yetkilileri Hakkında Genel Tebliğ.

Tablo 1: Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdarelerinde Harcama/İhale Yetkilileri

Teşkilat Yapısı	Üst Yönetici	Bütçeyle Ödenek Tahsis Edilen Harcama Birimi	Harcama/İhale Yetkilisi
Başbakanlık, Bakanlık (Milli Savunma Bakanlığı hariç)	Müsteşar	Kurul Başkanlığı Genel Müdürlük Başkanlık Müstakil Daire Başkanlığı Müşavirlik Özel Kalem Müdürlüğü Savunma Sekreterliği Merkez	Kurul Başkanı Genel Müdür Başkan Daire Başkanı Müşavir Özel Kalem Müdürü Savunma Sekreteri Başkan
Müsteşarlık	Müsteşar	Kurul Başkanlığı Genel Müdürlük Müstakil Daire Başkanlığı Başkanlık Müşavirlik Özel Kalem Müdürlüğü Savunma Uzmanlığı	Kurul Başkanı Genel Müdür Daire Başkanı Başkan Müşavir Özel Kalem Müdürü Savunma Uzmanı
Genel Müdürlük	Genel Müdür	Kurul Başkanlığı Müstakil Daire Başkanlığı Daire Başkanlığı Başkanlık Müdürlük Savunma Sekreterliği Sivil Savunma Uzmanlığı Savunma Uzmanlığı Müşavirlik Akademi Başkanlığı Birim	Kurul Başkanı Daire Başkanı Daire Başkanı Başkan Müdür Savunma Sekreteri Sivil Savunma Uzmanı Savunma Uzmanı Müşavir Akademi Başkanı Birim Amiri
Başkanlık	Başkan	Kurul Başkanlığı Müstakil Daire Başkanlığı Daire Başkanlığı Savunma Uzmanlığı Savunma Sekreterliği Müşavirlik	Kurul Başkanı Daire Başkanı Daire Başkanı Savunma Uzmanı Savunma Sekreteri Müşavir
Genel Sekreterlik	Genel Sekreter	Daire Başkanlığı	Daire Başkanı
Yüksek Mahkemeler ve Sayıştay	Başkan	Genel Sekreterlik Özel Kalem Müdürlüğü	Genel Sekreter Özel Kalem Müdürü
Kurul	Başkan	Genel Sekreterlik Denetim ve İnceleme Grupları	Genel Sekreter Genel Sekreter
Kurum	Başkan	Müstakil Daire Başkanlığı Müşavirlik Savunma Uzmanlığı	Daire Başkanı Müşavir Savunma Uzmanı

Cumhurbaşkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Milli Savunma Bakanlığı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Gelir İdaresi Başkanlığında görev unvanları itibarıyla merkez teşkilatı harcama yetkilileri bu idarelerin üst yöneticileri tarafından belirlenir ve bunlar mali hizmetler birimi ile muhasebe yetkilisine yazılı olarak bildirilir.

Yüksek Mahkemeler ve Sayıştay bütçelerinde Heyet, Daire, Kurullar, Cumhuriyet Başsavcılığı ile Denetim Birimlerine tahsis edilen ödeneklerin harcama yetkilisi Genel Sekreterdir.

Tablo 2:Özel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdarelerinde Harcama/İhale Yetkilileri

Teşkilat Yapısı	Üst Yönetici	Bütçeyle Ödenek Tahsis Edilen Harcama Birimi	Harcama/İhale Yetkilisi
Üniversite ve Yüksek Teknoloji Enstitüleri	Rektör	Genel Sekreterlik Daire Başkanlığı Hukuk Müşavirliği Fakülte Yüksekokul Meslek Yüksekokulu Enstitü Hastane Merkez Bölüm Savunma Uzmanlığı	Genel Sekreter Daire Başkanı Hukuk Müşaviri Dekan Müdür Müdür Müdür Başhekim Müdür Başkan Savunma Uzmanı
Müsteşarlık	Müsteşar	Müstakil Daire Başkanlığı Hukuk Müşavirliği	Daire Başkanı Hukuk Müşaviri
Genel Müdürlük	Genel Müdür	Kurul Başkanlığı Müstakil Daire Başkanlığı Müdürlük Sivil Savunma Uzmanlığı Savunma Uzmanlığı Hukuk Müşavirliği Şube Müdürlüğü	Kurul Başkanı Daire Başkanı Müdür Sivil Savunma Uzmanı Savunma Uzmanı Hukuk Müşaviri Şube Müdürü
Merkez	Merkez Başkanı veya Genel Sekreter	Genel Sekreterlik Başkanlık Müdürlük Hukuk Müşavirliği	Genel Sekreter Başkan Müdür Hukuk Müşaviri
Başkanlık	Başkan	Genel Sekreterlik Müstakil Daire Başkanlığı Özel Kalem Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği Müdürlük Genel Koordinatörlük Grup Başkanlığı	Genel Sekreter Daire Başkanı Özel kalem Müdürü Hukuk Müşaviri Müdür Genel Koordinatör Grup Başkanı
Kurum	Başkan	Kurul Başkanlığı Genel Sekreterlik Müstakil Daire Başkanlığı Daire Başkanlığı Sivil Savunma Uzmanlığı Hukuk Müşavirliği Enstitü Müdürlük Merkez Başkanlık	Kurul Başkanı Genel Sekreterlik Daire Başkanı Daire Başkanı Sivil Savunma Uzmanı Hukuk Müşaviri Müdür Müdür Başkan Başkan
Kurul	Kurul Başkanı	Üniversitelerarası Kurul	Ü. Kurul Başkanı
Enstitü	Başkan, Genel Müdür veya Müdür	Genel Sekreterlik Müstakil Daire Başkanlığı Daire Başkanlığı Özel Kalem Müdürlüğü Sivil Savunma Uzmanlığı Savunma Uzmanlığı Hukuk Müşavirliği Müdürlük Koordinatörlük	Genel Sekreter Daire Başkanı Daire Başkanı Özel Kalem Müdürü Sivil Savunma Uzmanı Savunma Uzmanı Hukuk Müşaviri Müdür Koordinatör

Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu ile Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığında görev unvanları itibarıyla merkez teşkilatı harcama yetkilileri bu idarelerin üst yöneticileri tarafından belirlenir ve bunlar mali hizmetler birimi ile muhasebe yetkilisine yazılı olarak bildirilir.

Tablo 3: Sosyal Güvenlik Kurumlarında Harcama/İhale Yetkilileri

Teşkilat Yapısı	Üst Yönetici	Bütçeyle Ödenek Tahsis Edilen Harcama Birimi	Harcama/İhale Yetkilisi
Kurum	Başkan	Kurul Başkanlığı Genel Müdürlük Müstakil Daire Başkanlığı Savunma Uzmanlığı Hukuk Müşavirliği Uzmanlık	Kurul Başkanı Genel Müdür Daire Başkanı Savunma Uzmanı Hukuk Müşaviri Uzman
Genel Müdürlük	Genel Müdür	Kurul Başkanlığı Daire Başkanlığı Hukuk Müşavirliği Sivil Savunma Birimi	Kurul Başkanı Daire Başkanı Hukuk Müşaviri Sivil Savunma Uzmanı

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun m.46.'da, il özel idaresi bütçesiyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisi harcama yetkilisi olarak tanımlanmış, ilçelerde bu yetkinin kaymakam tarafından kullanılacağı belirtilmiştir.

5393 sayılı Belediye Kanununun m.63'te, belediye bütçesiyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisi, 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu uyarınca da mahalli idare birliklerinde birlik başkanı harcama yetkilisi olarak tanımlanmıştır.

Mahalli idarelerde kurumsal sınıflandırmanın üçüncü ve dördüncü düzeyinde ödenek tahsis edilen ana hizmet birimleri ve yardımcı hizmet birimleri ile danışma ve denetim birimlerinin en üst yöneticilerinin harcama yetkilisi olarak belirlenmesi ve yetki-sorumluluk tesisinin buna göre yapılması gerekmektedir. Ancak teşkilat yapısı ve personel durumu gibi nedenlerle harcama yetkililerinin belirlenmesinde güçlük bulunan ve bütçelerinde harcama birimleri sınıflandırılmayan mahalli idarelerde harcama yetkisi, üst yönetici veya üst yöneticinin belirleyeceği kişiler tarafından; İçişleri Bakanlığının uygun görüşü üzerine yürütülebilir.

5018 s.K.m.22 uyarınca kamu idarelerinin merkez teşkilatı harcama yetkilileri merkez dışı birimlerine ödenek gönderme belgesi düzenlemek suretiyle ödenek gönderirler. Ödenek gönderme belgesiyle ödenek gönderilen merkez dışı birimlerin en üst yöneticisi harcama yetkilisidir.

Tablo 4: Merkez Dışı Birimlerde Harcama/İhale Yetkilileri

Ödenek Gönderme Belgesiyle Ödenek Gönderilen Birim	Harcama/İhale Yetkilisi
Bölge Müdürlükleri veya eşdeğer birimler	Bölge Müdürü veya eşdeğer yetkili
İl Müdürlükleri veya eşdeğer birimler	İl Müdürü veya eşdeğer yetkili
İlçe Müdürlükleri veya eşdeğer birimler	İlçe Müdürü veya eşdeğer yetkili

Malmüdürlüklerinde ve ilçe özel idarelerinde harcama yetkilisi kaymakamdır.

Çeşitli bakanlık ve kuruluşlara bağlı; ilköğretim, ortaöğretim ve dengi okullar, başkanlık, hastane, dispanser, sağlık ocağı, sağlık merkezi, müze ve kütüphaneler, ceza ve tevkif evleri gibi birimlere ödenek gönderme belgesi ile ödenek gönderilmesi halinde bu birimlerin okul müdürü, başhekim, tabip, başkan, müdür gibi unvanlara sahip en üst yöneticileri harcama yetkilisidir.

İhale yetkilisi ile ilgili özel bir tanım da ÇAIUY m.3'te verilmiştir¹³⁹. Söz konusu hükme göre çerçeve anlaşma ihaleleri ve münferit sözleşmelerdeki ihale yetkilisi tanımı ayrı ayrı yapılmıştır. Maddedeki tanıma göre çerçeve anlaşma ihalelerinde ihale yetkilisi, idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurullarıdır. Birden fazla idarenin bir araya gelerek çerçeve anlaşma ihalesini gerçekleştirdiği durumlarda ise, çerçeve anlaşma imzalanıncaya kadarki ihale işlemleri ile çerçeve anlaşmaya taraf olan isteklilerin yeterliklerinin 12 ayda bir değerlendirilmesi işlemlerini bu idareler adına yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurullar ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerdir ihale yetkilisidir.

¹³⁹ Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m.3 (04.03.2009 Tarih R.G.Sayı:27159/M.).

Münferit sözleşmelerde ihale yetkilisi ise, çerçeve anlaşma kapsamında münferit alımı gerçekleştirecek idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlileri demektir.

Kamu ihale sözleşmelerinin devri sırasında ilk ihaleyi yapan ve onaylayan ihale yetkilisi gerçek kişinin veya kurulun da aranmaması gerekir. Çünkü iş sahibi idaredir. İdare ise 4734 s.K m.4'e göre ihaleyi yapan KİK kapsamındaki kurum ve kuruluşları ifade eder. Bu sebeple devir esnasındaki ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerden birisinin yazılı izni verebilmesi de söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla ihalenin yapıldığı andaki ve kamu ihale sözleşmesini imzalayan ihale yetkilisi ile sözleşmenin devri esnasındaki yazılı izni veren ihale yetkilisi gerçek kişi veya kişiler aynı olmak zorunda değildir. Ancak iş sahibi olan KİK kapsamındaki idari kurum ve kuruluşun aynı olması yeterlidir. Asıl olan, usulüne uygun olarak yetki devrinin yapılmış olmasıdır.

1.4.3.3. İzinsiz Devir

4735 s.K.m.16'nın 4.cümlesine göre *izinsiz* devredilen veya devir alınan kamu ihale sözleşmeleri feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında m.20, m.22 ve m.26 hükümleri uygulanır. Bu konu ilerde devir yasağına uyulmamasının sonuçları bölümünde daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

İhale yetkilisinin sözleşmenin devrine izin vermesi ile devir geçerli olacağı gibi, ne sözleşmenin devrinden önce ne de sözleşmenin devrinden sonra izin verilmemesi halinde de devir işlemi geçerli olmayacaktır. Herhangi bir şekilde izinsiz olarak sözleşme devri yapıldığı zaman sadece devir işlemi değil bütün sözleşme feshedilecek ve buna ek olarak devreden ile devralan hakkında, kamu ihale sözleşmenin uygulanması sırasında m.25/g'ye aykırı davranmaktan dolayı m.26'da yer alan kamu ihalelerinden yasaklanma hükümleri uygulanacaktır.

Kanımızca burada izinsiz olarak yapılan sözleşme devirleri, zaten m.16'nın emredici hükmüne aykırılık teşkil ettiğinden kesin olarak hükümsüzdür. Yani başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukuki işlem olup hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacağı gibi, hiçbir hukuki

sonuç da doğurmaz. Ayrıca hem idare hem de taraflar ve ayrıca bu işlem ile hukuki durumu veya menfaati etkilenen üçüncü kişiler de bu hükümsüzlüğü ileri sürebilirler¹⁴⁰.

Kanundaki düzenlemeye göre uygulanacak olan m.20'ye göre sadece idarenin feshi düzenlenmiştir. 22.maddede ise idare tarafından yapılacak feshin usulü ve sonuçlarından bahsedilmiştir. Bu düzenleme izinsiz olarak yapılan devirlerde kamu ihale sözleşmesinin idare tarafından feshedilmesi halinde uygulanacaktır. Ancak yukarıda bahsedildiği gibi devir işlemi ile hukuki durumu veya menfaati etkilenen üçüncü kişiler de sözleşmenin feshi için adli yargıya müracaat edebileceklerdir.

1.4.4. Devralanın Statüsü

Kamu ihale sözleşmelerinin devrinde KİSK m.16 2.cümle özel bir hüküm koymaktadır. Buna göre *devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur*. Bunun KİK m.5'te yer alan özellikle rekabet ilkesine uygun düşüp düşmediği tartışılabilir. Burada zorunlu haller vuku bulduğunda devreden açısından bir problem yoktur. Fakat devir alacak olanın belirlenmesi açısından kanun koyucu sadece subjektif bir kriter ortaya koymuştur. Bu da devir alacak olanın ilk defa ihalenin yapıldığı zamandaki şartlara haiz olmasıdır. Ancak devir alacak olanın seçimi konusunda bir saydamlık yoktur. Acaba devir alacak olanın tespiti neye göre yapılacaktır?

Kanımızca burada gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde, devir alacak olanın tespiti için yeni bir ihale açılması, bir "*devir ihalesi*" yapılması düşünülebilir. Burada, ilk ihaledeki şartlara haiz olma durumu ancak devir ihalesine katılmak için bir ön şart olarak öne sürülmelidir. Böylesi kamu ihale hukukuna hâkim olan saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik ve kamuoyu denetimi gibi ilkeler açısından daha sağlıklı olmaktadır. Hatta kamu menfaatinin öne çıktığı durumlarda zamandan tasarruf etmek amacıyla doğrudan temin usulü yolu da tercih edilebilir. Ancak hal ve şartlar ile kamu menfaatleri sözleşme konusu işin beklemeye mahal olmaksızın devam etmesini gerekli kılıyorsa sözleşmenin devri için *ihale yetkilisinin izni* yöntemini uygulamak yeterli olacaktır. Zaten hâlihazırdaki mevcut uygulamada, sözleşmenin devri için aranan zorunlu halin gerçekleşmesi şartı, genellikle sözleşme konusu işin artık eski yüklenici ile bitirilemeyeceğinin kesinleşmesi ve kamu

¹⁴⁰ Eren, s.301.

menfaatinin, sözleşme konusu işin duraksama olmaksızın seri bir şekilde devam etmesini öngördüğü durumlarda varsayılır. Bu halde devralacak olanın seçilmesi için yeni bir ihale açılması yönteminin izlenmesi, istisnai olarak ve özellikle kamu menfaatlerinin işin acele yapılmasından çok gereği gibi ifa edilmesinin söz konusu olduğu durumlarda düşünülmesi gereken bir yöntemdir.

Kamu ihale sözleşmesinin devrinde devralan tarafın ilk ihaledeki şartları taşıması gerekliliği iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki ihalesi yapılan işin konusu ile ilgili somut özelliklerdir. İkincisi ise, ilk defa ihalenin yapıldığı anda sözleşmeyi devreden kanunen haiz olması gereken katılım ve yeterlik şartlarıdır.

İşin konusu ile ilgili somut özellikler alımı yapılacak işin türüne göre değişir. Örneğin mal ve hizmet alımlarında alımı yapılacak olan iş kolu ile ilgili belirli bir süre tecrübe edinilmiş olması aranabilirken, danışmanlık hizmeti alımında da ihtisas gereken konularda belirli bazı rütbelerin, derecelerin, kıdemlerin kazanılmış olması veyahut diploma, sertifika gibi belgelere sahip olunması şartı getirilebilir. Yine yapım işlerinde mesela kullanılacak malzeme ile ilgili özel, teknik şartlar koşulabilir.

Sözleşmeyi devralacak olanın taşıması gereken şartlardan bir diğeri de kanun tarafından öngörülmüş olan katılma ve yeterlik şartlarıdır. Kanun koyucu, ihalelere katılabilme şartlarından daha çok kimlerin katılamayacağını sayma yoluna gitmiştir. Bunlar 4734 s.K.m.10/f.4 ve m.11'de dile getirilmiştir. Kamu ihalelerine katılmalarının ardından, kimlerin kamu ihalelerinin dışında bırakılacak olan istekliler olduğu 4734 s.K. m.10/f.4 uyarınca sıralanmıştır. Bu hükmün kıyasen uygulanması sonucunda bu kişiler aynı zamanda kamu ihale sözleşmelerini de devralamazlar:

- İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilân eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan. Yine iflası ilân edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olanlar.

- Türkiye'nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu veya kesinleşmiş vergi borcu olanlar.

Burada KİK, sosyal güvenlik prim borcu ile ilgili olarak SGK Başkanlığının uygun görüşünü alarak sosyal güvenlik prim borcunun kapsamı ve tutarını, kesinleşmiş vergi borcu ile ilgili olarak ise, GİB'in uygun görüşünü alarak vergi borcu kapsamına girecek vergileri, tür ve tutar itibariyle belirlemeye yetkilidir (4734 s.K.m.10/f.5).

- İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyenler.

- İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilenler.

- İhale tarihi itibariyle, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten men edilmiş olanlar.

- İhale yetkilisi, kamu ihale sözleşmesini devir alacak olanın ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenebilmesi için 4734 s.K.m.10/f.1'de sayılan bazı belgeleri isteyebilir. Söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyen, temin etmeyenler ile yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilenler de bu hüküm kapsamındadır. Bu belgelerle gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması veya devralacak olan tarafın taahhüt ettiği durumu tevsik eden belgelerin, sözleşmenin devrinin gerçekleşmesinden önce verilmemesi halinde de devre izin verilmez(4734 s.K.m.10/f.6).

- Son olarak, 4734 s.K. m.11'e göre baştan itibaren ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katıldığı sonradan anlaşılanlardır. Söz konusu maddede sayılanlar, doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar. Dolayısıyla bu kişiler herhangi bir kamu ihale sözleşmesini asla devralamayacaktır. Bunlar:

- a) 4734 s.K. ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.
- b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.

- c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.
- d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.
- e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri.
- f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleridir (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

Bundan başka ihale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar, ihalesi yapılmış sözleşmeleri de devralamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir (4734 s.K. m.11/f.2).

İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar (4734 s.K. m.11/f.3). Dolayısıyla bu tüzel kişiler, bu idarelerin açtığı ihalelere dayanarak imzalanan kamu ihale sözleşmelerini de devralamazlar.

Yine 4734 s.K. m.11 uyarınca bu yasalara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılırlar. Bu durumun aynen sözleşmeyi devralacak olan tarafa da uygulanması gerekir. Ayrıca, bu durumun devir sözleşmesinin yapılması aşamasında tespit edilememesi nedeniyle devrin yapılmasına izin verilmişse, ihale iptal edilir. Çünkü devralan, ilk ihalede aranan şartlara haiz olmamış olur.

Tüm bunların haricinde 4734 s.K. m.17'de belirtilen yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilen istekliler de ihale dışı bırakılacaklardır¹⁴¹.

¹⁴¹ 4734 s.K. m.17- "İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır:

- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.
- c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

İhale yetkilisi 4734 s.K.m.10 ve m.11'i kıyasen sözleşmeyi devralmak isteyen tarafa uygulayacak ve bunun sonucunda izin verecek yahut vermeyecek. Ayrıca ihale yetkilisinin sözleşmenin devrine izin vermeden önce, devralanın hem ilk ihaledeki şartları taşıyıp taşımadığını hem de sözleşmenin ifasının kalan kısmını gereği gibi yerine getirme potansiyelinin olup olmadığını da değerlendirmesi gerekir.

Kamu ihale sözleşmelerinde yüklenicinin çalıştırdığı işçilerin, bu işkolunda veya meslekte aynı veya benzer iş için toplu sözleşme veya mevzuatla kabul edilenlerden daha az elverişli olmayan şartlarda çalışmalarını ve ücret almalarını sağlama borcu vardır. Eğer herhangi bir toplu sözleşme veya mevzuatta bir hüküm yoksa yüklenici, en yakın ve uygun bir bölgedeki işkolu veya meslekteki aynı veya benzer bir iş için toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilenlerden veya yüklenicinin bulunduğu işkolu ve meslekteki benzer işverenlerin verdiği genel seviyeden daha az elverişli olmayan ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarını sağlayacaktır. Yüklenici, varsa alt yükleniciler bu çalışma şartlarının sağlanması için gerekli tedbirleri alacaktır. Böyle bir durumda iken eğer sözleşme devredilirse iş sahibi idare de, işi devralan yüklenicinin bu çalışma şartlarına uymalarını sağlayacak gerekli tedbirleri alacaktır(YİĞŞ m.34/f.8). Hatta devralan yüklenicinin sekizinci fıkrada belirtilen çalışma şartlarına uymaması veya bu şartları uygulamaması halinde idarenin feshine ilişkin hükümler uygulanır.

Bazı durumlarda sözleşmenin ifasının yüklenicinin şahsı ile özdeşleşmiş olması muhtemeldir (TBK m.83). Bu gibi hallerde tüm sözleşmelerde olduğu gibi, bir taraf olarak idare de, sözleşme ile özel kişinin yüklendiği yükümlülüklerini yerine getirmesini istemek hakkına sahiptir. Eğer sözleşmede, bu borçların doğrudan doğruya sözleşmeye taraf özel kişi tarafından yerine getirilmesi kararlaştırılmışsa, özel kişi bu borçları kendisi doğrudan yerine getirmek zorundadır. Özel kişi borçlarının bir bölümünü ya da tümünü bir başkasına devredemez¹⁴².

Kamu ihale sözleşmesinin devrinin yapılmasına izin verildikten sonra devralan, ihale bedelinin %6'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden kesin teminatı idareye verip, sözleşmeyi tüm hak ve sorumlulukları ile birlikte aldığını beyan ederek sözleşmeyi imzalayacaktır¹⁴³.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek.

e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.”

¹⁴² Giritli / Bilgen, s.1048.

¹⁴³ Özek/Kaya, s.542, Kuluçlu s.105.

1.5. Hüküm ve Sonuçları

4735 s.K.m.16'ya göre sözleşmenin devrinin şartları oluşmamışsa devire ihale yetkilisi tarafından izin verilmeyecektir. Eğer şartlar oluşmadan devir yapılmışsa, zaten devir sözleşmesi hüküm ve sonuçları doğmaksızın feshedilecek ve genel hükümlere göre tasfiye işlemine geçilecektir.

Geçerli olarak yapılan bir sözleşme devrinin sonunda, devreden söz konusu kamu ihale sözleşmesinden doğan taraf olma sıfatı da dâhil olmak üzere bütün hak ve borçları devralana geçmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin bir tarafı değişir fakat sözleşme hükümleri değişmeden kalır. Yeni taraf, değişmeyen tarafa karşı, sözleşmeyi devreden bu sözleşmeden kaynaklanan tüm haklarına sahip, tüm borçlarıyla yükümlü ve gene bu sözleşmeye bağlı tüm yenilik doğuran hakları (örneğin, edimi seçme hakkı, vade tayin yetkisi, sözleşmeden dönme hakkı, sözleşmenin ihlali halinde tazminat hakkı vb.) edinmiş olur. Bunların bazısı hakkında bilgi sahibi olmaması veya yanlış bilgi sahibi olması sonucu etkilemez. Belki irade bozukluğu hallerine başvurma imkânı verebilir¹⁴⁴. Bunun yanında dönülmüş bir sözleşmenin veya sonraki imkânsızlığa uğramış bir sözleşmenin taraf sıfatının devri anlaşması hüküm ifade etmez. Zira burada devir anında artık devre konu olacak bir sözleşme bulunmamaktadır¹⁴⁵.

Bunun dışında devralan için artık devralma tarihinden itibaren devri yasakları da başlayacaktır. Söz konusu tarihten itibaren üç yıl içinde başka bir sözleşme devredilemeyecek veya devralınamayacaktır.

Sözleşmenin devrinin ihale yetkilisi tarafından onaylanması, devredeni, devir tarihine kadar yapmış olduğu işlere ilişkin sorumluluktan kurtarmaz (HİGŞ m.52/f.3). Bunun anlamı, devralan kamu ihale sözleşmesini devralana kadar ki teslimi, hizmeti veya yapım işi ile ilgili olarak çıkabilecek, örneğin ayıplı mal, hizmet ifası veya yapım işi gibi sorunlara ilişkin yükümlülüklerinin devam etmesidir. Sözleşmenin devredilmiş olması kendisinin sözleşmenin tarafı olduğu zamandaki sorumluluğunu bertaraf etmemektedir. Ancak bu sorumluluk sözleşmenin imzalanması ile başlayıp sözleşmenin devrinin yapıldığı ana kadar olan süreci kapsamaktadır.

¹⁴⁴ Oğuzman/Öz, s.602.

¹⁴⁵ Oğuzman/Öz, s.603.

Devralan ile devreden arasında yapılacak olan kamu ihale sözleşmesinin devrini konu alan devir sözleşmesi, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmayacaktır¹⁴⁶ (TBK m.27). Aksi takdirde yapılan devir sözleşmesi geçersiz olacaktır. Bunun yanında imkânsızlık durumlarında ve muvazaa halinde de geçerli bir devir söz konusu olmayacaktır. Kamu ihale sözleşmesinin bu şekilde devredildiği durumlarda, m.16'da yer alan izinsiz devir ve 3 yıllık devri yasaklarından birisi söz konusu olmadığı sürece, sadece yapılan devir işlemi(devir sözleşmesi) geçersiz olup kamu ihale sözleşmesinin geçerliliği devam etmektedir. Ancak m.16'daki yasaklardan birisi de söz konusu olduğunda, zaten kanunun emredici hükmüne aykırı olarak yapıldığı için hem devir sözleşmesi hem de kamu ihale sözleşmesi m.20 uyarınca feshedilecektir.

Yapım işlerini içeren bir kamu ihale sözleşmesinin, usulüne uygun olarak devrinin yapılmasının ardından geçici kabulü yapılan işlerde;

- Devir öncesinde veya sonrasındaki dönemde işin ilk sözleşme bedelinin en az % 80'i oranındaki kısmını gerçekleştiren yüklenicilere "yüklenici iş bitirme belgesi",
- İlk sözleşme bedelinin en az % 80'i oranında denetleme ve yönetme görevinde bulunan mimar veya mühendislere "iş denetleme belgesi" veya "iş yönetme belgesi" düzenlenir (YİİUY m.44/f.3).

Söz konusu hükmün aynısına Danışmanlık Hizmeti Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde de yer verilmiştir (DHAİUY m.43/f.2).

Bu durum, sadece hizmet alımlarının söz konusu olduğu hallerde, yükleniciye verilecek olan iş bitirme belgesinin şartları yönünden aynıdır. Burada iş bitirme belgesinin düzenlenmesine esas alınacak, işin sözleşme bedeline göre gerçekleşme oranı,

- Götürü bedel veya birim fiyat üzerinden sözleşmeye bağlanan işlerde, her türlü fiyat farkları hariç, sözleşme fiyatlarıyla ödenen tutarın, sözleşme bedeline oranlanması,
- Yabancı para üzerinden sözleşmeye bağlanan işlerde ise, varsa her türlü fiyat farkları hariç, ödenen tutarın sözleşme bedeline oranlanması suretiyle bulunur (HAİUY m.45/f.3).

¹⁴⁶ Oğuzman / Öz, Cilt 1, s.180. Hatemi / Gökyayla, s.80. Kılıçoğlu, s.87. Reisoğlu s.145. Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Giriş, s.501.

Söz konusu durum mal alımına ilişkin kamu ihale sözleşmelerinde biraz daha farklıdır. Burada sözleşmenin geçerli bir şekilde devredilmesi halinde, işin kesin kabulünün yapılmış olması şartıyla; devir öncesinde veya sonrasında işin ilk sözleşme bedelinin en az % 80'lik kısmını gerçekleştiren yükleniciye, iş bitirme belgesi düzenlenir. İş ortaklığında ortakların biri veya birkaçı tarafından sözleşmenin devredilmesi halinde, sözleşme bedelinin en az % 80'lik kısmında bulunan ortak iş deneyiminden yararlanabilir. Konsorsiyumlarda, ortakların biri veya birkaçı tarafından sözleşmenin devredilmesi halinde, ilgili iş kısmına ait sözleşme bedelinin en az %80'lik kısmını gerçekleştiren yükleniciye iş bitirme belgesi düzenlenir (MAİUY m.45/f.2).

Yapım ve hizmet işi ihalelerinde yüklenici yapılan işe ilişkin her türlü hakediş ve alacaklarını idarenin yazılı izni olmaksızın başkalarına devir veya temlik edemez. Bu husus yapım ve hizmet işlerine yönelik tip sözleşmelerde kayıt altına alınmıştır. Ancak mal ve danışmanlık hizmeti alımı ihaleleri için böyle bir izin öngörülmemiştir. Hakediş ve alacakların devrini konu alan temliknamelerin noterlikçe düzenlenmesi ve idare tarafından istenilen kayıt ve şartları taşıması zorunludur¹⁴⁷. Bunların dışında idare ile yüklenici, anlaşarak, alacağın temlikine yasak ta getirebilir. Bu halde, alacak üzerindeki yasak, kısmen veya tamamen sınırlama şeklinde olabileceği gibi, kısmen veya tamamen belirli kişilere karşı, belirli veya süresiz sınırlama şeklinde de olabilir¹⁴⁸.

Hak edişlerin temlik bakımından Yargıtay tarafından verilen bir karara göre, usulüne uygun bir temlik olmadan yapılan ödemelerin geçerli olmayacağı gibi daha sonradan temlik işlemi geri alınan şahsa yapılan ödemelerde de idarenin kusurlu olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu karara göre davalı yüklenici, yapımını üstlendiği inşaatın dolayı, adına tahakkuk ettirilecek istihkaklardan sözleşme bedelini zamlarıyla birlikte, dava dışı bir kişiye temlik etmiş, fakat daha sonra bu temlik geri alarak durumu, davacı idareye duyurmuştur.

Yapılan temlikin geri alındığı ve temellük edenin azledildiği, davacı idareye bildirildiği halde, istihkakı temlik alana ödemek suretiyle, beklenen asgari basireti dikkat ve özeni göstermeyen idare sorumludur¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Gönen, Yılmaz, **İnşaat Sözleşmelerinde Alacağın Devri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, 2006, s.234.

¹⁴⁸ Uzun, Mükremin, **Kamu İdarelerinin Borçlu Taraf Olarak Yer Aldığı Sözleşmelerde Alacağın Temlik**, Sayıştay Dergisi, Sayı:80, Ocak – Mart 2011, s.24.

¹⁴⁹ Y.15.HD T.19.11.1973, E.1973/200, K.1973/246.

1.6. Sözleşme Devrinin Benzer Durumlardan Farkı

1.6.1. Sözleşmeye Katılmadan Farkı

4735 s.K. m.16 ve TBK m.205'te öngörülen sözleşmenin devri ile ilgili düzenlemelerden farklı olarak herhangi bir kamu ihale sözleşmesinin devri hükümlerine tabi olmayan uygulamalar vardır. Bunlardan bir tanesi TBK m.206'da düzenlenen sözleşmeye katılmadır¹⁵⁰. Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır.

Burada, sözleşmenin devrinden farklı olarak sözleşmenin bir tarafının sözleşmeden doğan alacak ve borçların yanı sıra taraf olma özelliği ile birlikte bütünüyle değişmesi ve yerine başkasının bu haklara haiz olarak gelmesi yoktur. Bunun yerine sözleşmedeki bir tarafın sayısında artma olmaktadır. Böylece sözleşmenin bu tarafı, katılanla birlikte sözleşmenin ifasına olumlu bir katkı sağlayacaktır. Ayrıca sözleşmeye katılma anlaşmasında aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsil olarak alacaklı ve borçlu olurlar. Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır (TBK m.206/f.3).

Bu durum kamu ihale sözleşmeleri açısından değerlendirildiğinde, yine zorunlu hallerin gerçekleşmesi kaydıyla ve idareyi temsil eden ihale yetkilisinin izni ile bir başkasının mevcut kamu ihale sözleşmesine katılması mümkün gözükmemektedir. Çünkü 4735 s.K. m.16 hükmünü incelediğimizde sadece sözleşmenin devrinin yapılabileceğine dair bir yorum çıkarılamaz. Ama eğer taraflar kamu ihale sözleşmesinin bir başkasına devredilmesi konusunda ortaya irade koymuşlar ise, o zaman m.16 devreye girecek ve buradaki şartlar ve yasaklar uygulama alanı bulacaktır. Bu sebeple sözleşmeye katılma uygulamasının, kamu menfaatinin gerekli kıldığı hallerde sözleşmenin devredilmesi yerine daha sık yapılması pratik bir çözüm olacaktır. Ancak kamu ihalelerine hâkim olan temel ilkeler bakımından, ilgili ihale yetkilisi tarafından izin verilirken sözleşmeye katılacak olan tarafta da ilk ihaledeki şartların aranması daha sağlıklı olacaktır.

Bir kamu ihale sözleşmesine katılmak için katılında ilk ihaledeki koşullara haiz olma şartının aranmadığı veya ilgili ihale yetkilisinin izninin alınmadığı bir sözleşmeye katılma

¹⁵⁰ Oğuzman / Öz, Cilt 2, s.603 vd. Kılıçoğlu, s.826 vd. Hatemi / Gökyayla, s.372. Reisoğlu, s.483.

işlemi (katılma anlaşması) geçersiz olacaktır. Bunun yanında mevcut kamu ihale sözleşmesinin de, idare tarafından izinsiz devirmiş gibi yorumlanarak m.20 uyarınca tek taraflı olarak kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesi için haklı bir sebep oluşturup oluşturmadığına somut olayda kamu menfaatlerinin olumlu ya da olumsuz olarak ne ölçüde etkilendiğinin belirlenmesi ile karar verilecektir.

1.6.2. İşletmenin/İşyerinin Devri

Kamu ihale sözleşmesinin devri, yüklenicinin işletmesinin devrinden de farklı bir durumdur. İşletmenin devrinde işletmeye bağlı olarak tüm alacak ve borçlarla birlikte malvarlığı içinde yer alan ve devreden tarafı olduğu sözleşmeler de kendiliğinden devralana geçer ve artık devralan bu sözleşmelerden dolayı sorumlu olur. İşletme devri TTK m.11 ve TBK m.202’de düzenlenmiştir. Ticari işletmenin devri ile ilgili TTK m.11 hükmüne göre ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.

Ticari işletmenin devri belki de en önemli unsuru olan peştemaliyenin de devralana geçmesini sağlar. Bu nedenle, taraflar özel olarak rekabet etmemeyi şart olarak öngörmemiş olsalar bile, devreden devralan ile rekabette bulunmama borcu altındadır¹⁵¹. Burada kamu ihale sözleşmelerinin devrindeki gibi açıkça 3 yıl boyunca herhangi başka bir kamu ihale sözleşmesinin devredilemeyeceği ve devralanamayacağı şeklinde bir yasak yoktur. Ancak MK m.2’de yer alan dürüstlük kuralı uyarınca buna karar verilmektedir.

İşletmenin devrinde, normal şartlarda içine almakla birlikte, tarafı olunan kamu ihale sözleşmesinin devir dışında tutulacağına dair bir şartın öngörülmesi gerekmektedir. Yoksa söz konusu ihale sözleşmesi de devredilmiş olduğundan m.16’ya aykırı bir durumun olması

¹⁵¹ Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 17.Baskı, Ankara, 2012, s.45. Karahan, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, Mimoza Yayınları, 23.Baskı, Eylül 2102 s.37.

muhtemeldir. Eğer işletme devri ile tarafı olunan bütün sözleşmeler de devredilecekse ve bunun içine tarafı olunan kamu ihale sözleşmesi de giriyorsa, o takdirde zaten m.16'da yer alan şartlara uyulması zorunlu hale gelmektedir. Yani burada da devralanın ilk ihaledeki şartlara haiz olması, zorunlu bir halin bulunması ve ihale yetkilisinin yazılı izninin bulunması aranacaktır. Bu şartlara uyulmaksızın yapılan işletme devirleri sonucunda da, kamu ihale sözleşmesi feshedilecek ve 4735 s.K. m.20, m.22 ve m.26 hükümleri uygulanacaktır. tüm bunlardan ari bir şekilde işletme devri yapılmak isteniyorsa, işletmenin devri sözleşmesinde kamu ihale sözleşmesinin kapsam dışında tutulduğunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

TBK m.202'ye göre de bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.

Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü devralan tarafından yerine getirilmedikçe, buradaki iki yıllık süre işlemeye başlamaz. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar (TBK m.202/f.3).

Borçlar kanununda hizmet szleřmelerinin¹⁵² düzenlendiği hükümlerde işyerinin devri halinde, hizmet sözleşmelerinin de devralana geçeceği öngörülmektedir. Söz konusu hükme göre işyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemlle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır.

Buradaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar.

¹⁵² Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işe görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir (TBK m.393).

Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, burada da devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır¹⁵³ (TBK m.428).

Benzer bir hüküm 4857 sayılı İş Kanunu m.6'da yer almaktadır. Buradaki düzenlemeye göre de işyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.

TBK m.428'deki düzenleme ile paralel olarak burada da devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (4857 s.K. m.6/f.3).

Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturamaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.

2. Devir Yasağı

2.1. Genel Olarak

4735 s.K. m.16'nın şartlarını belirlediği kamu ihale sözleşmelerinin devrinde, söz konusu hükme aykırı olarak yapılan devriler kesin olarak hükümsüzdür. Çünkü m.16 hükmü, kamu ihale sözleşmelerinin devri bakımından bir emredici hükümdür. Hem bu hükmün yaptırım gücünü kuvvetlendirmek hem de serbest piyasa ortamında yapılacak olan kamu ihale sözleşmelerine egemen olan ilkelerin korunması açısından, kanun koyucu tarafından m.16 hükmü ile birlikte bir *devri yasağı* öngörülmüştür.

¹⁵³ Yavuz, s.420.

Söz konusu düzenlemeye göre “ *İsim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz.*” denilmektedir.

Sözleşmenin devralınması veya devredilmesi için öngörülen 3 yıllık sürenin sözleşme konusu kamu ihalesinin türü ile veya niteliği ile hatta aynı taraf olmasıyla bile hiçbir ilgisi yoktur. Çünkü buradaki yasak genel bir devir yasağıdır. Geçmişe dönük olarak devir yasağının uygulanacağı kamu ihale sözleşmesi herhangi bir ihale sözleşmesi olabilir. Örneğin en son 2 yıl önce bir yapım işi konulu kamu ihale sözleşmesi devralmış veya devretmiş olan yüklenici bundan 1 yıl sonra daha beklemek kaydıyla yine yapım, mal, hizmet veya danışmanlık hizmet alımı gibi konuları içeren herhangi bir kamu ihale sözleşmesini devredebilir veya devralabilir.

2.2. Süresi

4735 s.K.m.16’da öngörülen devir yasağının süresi 3 yıldır. Bu sürenin başlangıç tarihi geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmak üzere yapılan sözleşme devrinin imzalandığı tarihtir. Bundan başka, devir işleminin(sözleşmesinin) gerçekleşmesinden sonra idarenin onay(izin) vermesi durumunda, bu iznin alındığı tarih 3 yıllık yasak süresinin başlangıcı kabul edilecektir.

Bu noktada, yardımcı olması açısından TC kimlik numarası ya da vergi kimlik numarası girilerek internet üzerinden, devir yasağı olup olmadığı veya devir yapmaya müsait olup olunmadığı sorgulanabilir¹⁵⁴. 3 yıllık sürenin bitiminden itibaren artık herhangi başka bir kamu ihale sözleşmesi devredilebilecek veya devralınabilecektir.

TBK, TTK ve İK’da yer alan ticari işletme devirleri veya işyeri devrilerine ilişkin hükümlerde buradaki gibi özel bir yasaklılık süresi söz konusu değildir. Buralarda yer alan genel hükümlerde sadece devreden sorumluluğunun devamına ilişkin 2 yıllık süre öngörülmektedir. Hâlbuki m.16’daki 3 yıllık yasak süresi bir anlamda kısıtlayıcı ve ileriye dönüktür.

¹⁵⁴ https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/SozlesmeDevirIslemleri/IhaleDevirFormu_FirmaSorgu.aspx

2.3. İstisnası

2.3.1. Genel Olarak

4735 s.K. m.16'da "Ayrıca, *isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere*, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz." denmektedir.

İsim ve statü değişikliği gereği yapılan devirleri, sözleşmenin devri olarak kabul edilmez. İsim veya statü değişikliğinden;

- Ticarî işletmenin adı veya unvanındaki değişiklik ile
- İşletmenin türünde meydana gelen değişiklik anlaşılır¹⁵⁵.

Bunun dışında kalan birleşme veya hisse devirleri burada sayılan istisna kapsamında yer almaz. Eğer idarenin izni olmadan yüklenici, bir birleşmenin tarafı olursa veya herhangi bir çapta hisse devri meydana gelirse bu, sözleşmenin izinsiz devri sayılacak ve m.20, m.22 ve m.26'da yer alan hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Bu sebeple diyebiliriz ki bir ticarî işletmenin adı veya unvanındaki değişiklik ile işletmenin türünde meydana gelen değişiklik için yukarıda gördüğümüz devir şartlarına ihtiyaç yoktur. Yani herhangi bir zorunlu hal olmasına ve ihale yetkilisinden izin alınmasına gerek olmaksızın ticarî işletmenin adı veya unvanı ile işletmenin türü değiştirilebilir. Bu gibi durumlarda, zaten gerçek anlamda bir devir olmadığı için devralanın ilk ihaledeki koşullara haiz olmasının aranması şartının da yeri yoktur.

Kanımızca 3 yıllık devir yasağı, birleşme, bölünme, hisse devri veya sözleşmeye katılma gibi durumlar söz konusu olduğunda bunlar için de kıyasen uygulanabilir. Her ne kadar m.16, sözleşmenin devrine ilişkin olarak özel bir hüküm olsa da, kamu ihalelerine egemen olan özellikle rekabet ve eşit muamele ilkelerinin suistimal edilebilmesi ihtimali göz önüne alındığında birleşme, bölünme, hisse devri veya sözleşmeye katılma gibi hallerde de m.16'nın kıyasen uygulanması gerekir. Çünkü bu gibi hukuki işlemler ile m.16'da yer alan 3 yıllık devralma veya devretme yasağının bertaraf edilebilmesi söz konusudur. Bu gibi

¹⁵⁵ Kamu İhale Genel Tebliği, 22.08.2009 Tarih, RG Sayı: 27327, m.27.2.

durumlarda kanuna karşı hile olup olmadığı, bertaraf edilmek istenen kanun hükmünün yorumuyla tespit edilir¹⁵⁶.

2.3.2. İsim Değişikliği Gereği Yapılan Devirler

4735 s.K.m.15'te yer alan devir yasağının ilk istisnası olan isim değişikliği gereği yapılan devirlerden ticarî işletmenin adı veya unvanında yapılacak değişiklikler kastedilmektedir.

Ticaret unvanı ve işletme adı TTK'da düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlere göre her tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır. Bu anlamda ticaret unvanı kullanılması zorunludur.

Bir ticaret unvanına Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli olduğu takdirde, ek yapılır. Bu ekler tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında her ticaret unvanına, işletmenin özelliklerini belirten veya unvanda yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayalî adlardan oluşur. Yalnız bu ekler, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte bulunmamak, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmamak zorundadır (TTK m.46).

Bunun yanında yine tacirler tarafından kullanılan ve işletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için bazı adlar kullanılır. Bunlara işletme adı denir. İşletme adlarında da ek kullanılabilir. İşletme adlarının da ticaret unvanlarında olduğu gibi ticaret siciline tescil ettirilmeleri zorunludur (TTK m.40).

Ticaret unvanının devri TTK m.49'da hüküm altına alınmıştır. Buradaki düzenlemeye göre ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemez. Bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın da devri sonucunu doğurur. Devir hâlinde devralan, unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir. Bu durumun özel bir kanun hükmü olmamakla birlikte, kıyasen işletme adı için de geçerli olduğu kabul edilmektedir.

¹⁵⁶ Eren, s.337.

Görüldüğü üzere eğer bir işletmenin devrine karar verilmişse, devir kendiliğinden ticaret unvanı ile işletme adını da beraberinde götürecektir. Yeter ki taraflar ticaret unvanının ya da işletme adının devirden bağışık tutulduğunu açıkça kararlaştırmamış olsun.

İşletme devredilmeden ticaret unvanının yalnız başına devredilemeyeceği açıktır. Ancak, doktrinde, işletme devri olmaksızın, yani işletme yerinde durduğu halde işletme adının tek başına devredilebileceği savunulmaktadır¹⁵⁷.

Ticaret unvanı ya da işletme adı devredildikten sonra devir yüzünden meydana gelen değişikliklerin tescil edilmesi zorunludur. Çünkü usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkı sadece sahibine aittir (TTK m.50). Aksi takdirde tescil olunan bir hususun değişmesi dolayısıyla, kaydın değiştirilmesini istemeye zorunlu olup da bunu yapmayanlar, bu kusurları nedeniyle üçüncü kişilerin uğradıkları zararları tazmin ile yükümlüdürler (TTK m.38/f.2).

Sonuç olarak, her ne şekilde olursa olsun, kamu ihale sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin ticaret unvanı ya da işletme adı devredilecekse bu durum 4735 s.K.m.16 hükmünün istisnası kabul edilmekte ve m.16'daki şartlardan bağışık tutulmaktadır. Ticaret unvanı veya işletme adının devri İhale yetkilisi tarafından verilecek herhangi bir izne ve gözetime tabi değildir.

2.3.3. Statü Değişikliği Gereği Yapılan Devirler

Kamu ihale sözleşmesinin devrinin şartlarına tabi tutulmayacak istisnalardan ikincisi, statü değişikliği gereği yapılan devirlerdir. Statü değişikliği gereği yapılan devirler, Kamu İhale Genel Tebliğine göre işletmenin türünde (nevinde) meydana gelen devirlerdir.

Burada da isim gereği yapılan devirlerde olduğu gibi m.16'daki şartlardan muafiyet söz konusudur. İşletmenin türünde bir değişiklik yapılması kararlaştırılmışsa bunun gerçekleştirilmesi için yapılacak olan devir için ne bir zorunlu halin bulunması ne de ihale yetkilisinden izin alınması gerekir. Zaten herhangi bir taraf değişikliği bulunmadığı için belirli kriterlerin taşınması şartı da aranmaz.

¹⁵⁷ Karahan, s.168. Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ekim, 2012, s.408.

Tür değiştirme konusu, TTK m.180 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre bir Şirket hukuki Şeklini değiştirebilir. Yeni tre dönüştürülen Şirket eskisinin devamıdır. Tr değiştirmede ortakların Şirket payları ve hakları korunur. TTK anlamında geçerli bir tür değişikliği yapabilmek için;

1. Bir sermaye Şirketi;
 - Başka türde bir sermaye Őirketine;
 - Bir kooperatife;
2. Bir kollektif Şirket;
 - Bir sermaye Őirketine;
 - Bir kooperatife;
 - Bir komandit Şirkete;
3. Bir komandit Şirket;
 - Bir sermaye Őirketine;
 - Bir kooperatife;
 - Bir kollektif Şirkete;
4. Bir kooperatif bir sermaye Őirketine dönüşebilir.

Tr değiştirmede, yeni türün kuruluşuna ilişkin hükümler uygulanır; ancak, sermaye Őirketlerinde ortakların asgari sayısına ve ayni sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmaz. Yönetim organı (kurulu) tarafından ara bilanço, tür değiştirme planı, tür değiştirme raporu hazırlanır. TTK m.189'a göre alınacak genel kurul kararı ile tür değiştirme gerçekleştirilir ve yeni Şirket tescil edilir.

Tr değiştirmede önem taşıyan husus, alacaklıların durumudur. Tr değiştirmede onların bir etkisi ve iradesi söz konusu olmadığına göre, onların durumunun da ktleştirilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle, tür değişiminden önce doğmuş borçlar nedeniyle Şirket ortakları alacaklılara karşı nasıl sorumlu iseler, değişimden sonra da aynı sorumluluğun devam etmesi zorunludur. Fakat tür değiştirmeden sonra doğmuş borçlardan dolayı sorumluluk, yeni tip hükümlerine göre belirlenir¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Bahtiyar, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Beta Yayınevi, 7.Bası, İstanbul, Haziran, 2012, s.61.

Kanımızca, bazı durumlarda sözleşme ve eklerinde yüklenici şirket için TTK m.180 vd. anlamında tür değişikliği yasaklanmış olabilir. Örneğin bir yapım işi ihalesini adi veya kollektif ortaklık şeklinde alan bir yüklenicinin daha sonra bir anonim şirkete veya limited şirkete dönüşmesi sözleşme ile yasaklanabilir. Böyle bir durumda, kamu ihale sözleşmesinin imzalandığı anda mevcut olan türünün haiz olduğu ve kamu ihalesinin üzerine bırakılmasında da rol oynayan şartların, değişiklik yapıldıktan sonra kaybedilmesi durumunda kamu ihale sözleşmesinin 4735 s.K.m.20/1-b'ye dayanarak idare tarafından tek taraflı olarak feshedilmesi söz konusu olabilecektir (4735 s.K.m.25/1-f). Yüklenici tarafın ortak girişim olması halinde pilot ortak ya da diğer ortaklardan birisinin tür değiştirmesi için de geçerlidir.

2.4. Devir Yasağına Uyulmamasının Sonuçları

2.4.1.Genel Olarak

4735 s.K.m.16'ya göre izinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan *sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında m.20, m.22 ve m.26 hükümleri uygulanır.*

Söz konusu hükme göre devir yasağına uyulmaması durumunda m.20 uyarınca kamu ihale sözleşmesi idare tarafından tek taraflı olarak feshedilecektir. Tasfiye işlemleri, teminat hükümleri ve sözleşmenin feshedilmesinin sonuçları m.22'ye göre tanzim edilecektir.

Son olarak, bir kamu ihale sözleşmesini yasağa aykırı olarak devreden ve devralanlar hakkında ihalelere katılmaktan yasaklamaya karar verilir. Bu karar en çok 2 yıl için verilebilir ve bütün genel ve özel bütçeli kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmayı kapsar.

2.4.2. Sözleşmenin Feshi

2.4.2.1. Genel Olarak

4735 sayılı kanuna göre devir yasağına uyulmaması sonucunda kamu ihale sözleşmesinin feshedileceği ve devreden ile devralan arasında m.20, m.22 ve m.26 hükümlerinin uygulanacağı haller şunlardır:

- İhale yetkilisinin izni olmadan sözleşmenin devredilmesi veya devir alınması,

- Sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde sözleşmeyi devreden yüklenici tarafından başka bir sözleşmenin devredilmesi veya devralınması.

Sözleşmenin 4735 s.K. m.16'ya aykırı şekilde devredilmesi veya devir alınması halinde tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir (4735 s.K.m.22/f.1). 4735 s.K. m.20 uyarınca, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Kamu ihale sözleşmesinin yüklenicinin kusuru yüzünden feshi halinde ödenmesi amacıyla m.20 hükmüne dayanılarak konulan gecikme cezası geçerlidir. Örnek bir olayda idarenin yaptığı ihalenin feshi ve gecikme cezasının istemi davasında mal teslim işlemlerinin gecikmesi; hizmetin aksamasına, gecikmesine ve dolayısıyla kamunun bundan zarar görmesine neden olmaktadır. Bu durumda, taraflar arasında kararlaştırılan cezanın 4735 s.K. amacına uygun olduğu ve TBK'nın ceza ve ifaya eklenen ceza hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına kabulü gerekir. O halde davacının, sözleşme ve şartnamede kararlaştırılan gecikme tazminatını isteme hakkı vardır¹⁵⁹.

Bundan başka, taraflar kamu ihale sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi durumu için cezai şart öngörebilirler. Taraflarca kararlaştırılan cezai şartın faiziyle birlikte istenebileceği hakkında Yargıtay, yüklenicinin ihale borcunu gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle sözleşmenin feshedilmesi durumunda cezai şartın faiziyle birlikte istenebileceği hakkında¹⁶⁰ karar vermiştir.

4735 s.K. m.22 hükmüne göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar TÜİK tarafından yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir ve güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir. Ayrıca, hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedilerek sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da aynı şekilde güncellenerek yükleniciden tahsil edilir. Sözleşmenin feshi halinde gelir kaydedilen teminatlar, yüklenici veya müşterinin borcundan mahsup edilemez.

¹⁵⁹ Y.13.HD. T.16.10.2006, E.2006/8713, K.2006/13605.

¹⁶⁰ Y.HGK. T.28.03.2001, E.2001/13-289, K.2001/299.

Bu yönde verilen emsal bir karara göre, davacı idarenin, tazminattan gelir kaydedilen kesin teminatın mahsubu talebinden vazgeçme yetkisi bulunmadığından, ayrıca daha sonra idare, ıslah yolu ile tazminattan mahsup ettiğini bildirdiği kesin teminatı da isteyebileceğine ve ıslah yoluyla müddeabih de arttırılabileceğine göre, davacı tarafın teminatı borcuna mahsup etme talebinin de kabulüne karar verilmelidir¹⁶¹.

İzinsiz devretme veya devir alma ile üç yıllık süre içinde başka bir sözleşmenin devredilmesi veya devir alınması hallerinde ayrıca bu gerçek veya tüzel kişiler hakkında 4735 s.K. m.26 uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir.

Yüklenicinin ortak girişim olması halinde pilot/koordinatör ortağın devir yasağına aykırı davranması durumunda, m.20, m.22 ve m.26 hükümleri pilot/koordinatör ortak için uygulanacağından, sözleşmenin feshinden dolayı zarar gören diğer ortaklar zararlarının tazminini iç ilişkide pilot/koordinatör ortaktan isteyebilirler. Kanımızca böyle bir durumda 4735 s.K.m.18 kıyasen uygulanmalı ve ortakların teklifi ve idarenin de uygun görmesi halinde, teminat dâhil o iş için pilot/koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşme yenilenerek işe devam edilebilmelidir. Yine aynı şekilde pilot/koordinatör ortak dışındaki ortaklardan birinin devir yasağını ihlal etmesi halinde, diğer ortaklar teminat dâhil işin o ortağa yüklediği sorumlulukları da üstlenerek sözleşme konusu işi yerine getirebilmelidir.

2.4.2.2. Feshin Sonuçları

Devir yasağına aykırılık halinde uygulanacak olan 4735 s.K. m.20/b'ye göre, sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin m.25'te sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi halinde, idare sözleşmeyi fesheder. Fesih halinde ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Söz konusu hüküm olan m.25/g'ye göre, kamu ihale sözleşmesinin uygulanması sırasında, sözleşmenin m.16 hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması yasaktır. Bu hükmün ihlal edilmesi sonucunda sözleşmesi feshedilen yükleniciler hakkında m.26'ya

¹⁶¹ Y.13.D. T.01.04.2004, E.2004/17123, K.2004/8397.

göre yasaklama işlemi yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.

Buradaki zararın neleri kapsadığı konusunda Yargıtay'ın bir kararına göre eser sözleşmelerinde iş sahibi, sözleşmeyi feshederse sadece menfi zararın tazminini isteyebilir. Menfi zarar, feshedilen sözleşme ile sonraki sözleşme tarihleri arasındaki fark değildir. Menfi zarar, feshedilen sözleşme tarihi ile bu sözleşmedeki teslim tarihine eklenecek makul sürenin bitimindeki serbest piyasa fiyatlarına göre oluşan mal oluşlar arasındaki farktır¹⁶².

Yine başka bir emsal karara göre de sözleşmeyi fesheden idare, hükümsüz olan bu sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan bu müspet zararını isteyemez. Burada istenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirileceğinden davacı, sözleşmeye konu malı davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı (menfi zararı) isteyebilir.¹⁶³

Aynı yöndeki bir başka kararda da hüküm aynıdır. Buna göre haklı nedenlerle sözleşmeyi fesheden idare olumlu zararı değil, olumsuz zararı isteyebilir. Olumsuz zarar, ilk ihaleye katılarak en uygun fiyatı veren diğer kişi ile sözleşme yapılmamasından dolayı idarenin kaçırdığı fırsattır. Diğer bir ifade ile uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkmasıyla uğranılan zarardır. Yani, sözleşme hiç yapılmıyorsa, uğranılmayacak olan zarardır. Buna cezalı süre karşılığı ve ikinci ihaledeki ilan masrafları da eklenir. Olumlu zarar ise, borçlu gereği gibi ve vaktinde edimini yerine getirirse idi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse bu durumla eylemli durum arasındaki fark olumlu zararı oluşturur¹⁶⁴.

Olumsuz zarar, idarenin işi başkasına yaptırmasından doğan zararın olarak karşımıza çıkabilir. Yargıtay kararına yansıyan uygulamadan örnek bir olaya göre davacı iş sahibi, 12.10.1993 tarihli ihtarla akdi feshetmiş olduğundan menfi zararını isteyebilir. Davalının işi yarım bırakıp terk etmesi sebebiyle akdin feshinin haklı olduğu ortadadır. Bu nedenle bu işin başkasına yaptırılması sebebiyle uğranılan zararın tahsiline dair verilen kararda isabetsizlik yoktur. Ne var ki davada talep olunan ve dava kalemleri içinde var olduğunun kabulü gereken

¹⁶² Y.15.HD. T.15.11.1993, E.1993/717, K.1993/39. Aynı yönde T.28.09.1993, E.1993/5474, K.1993/3691.

¹⁶³ Y.15.HD. T.25.05.1993, E.1993/2905, K.1993/4544.

¹⁶⁴ Y.15.HD. T.16.04.1996, E.1996/3653, K.1996/3920. Aynı yönde Y.HGK T.17.01.1990, E.1989/13-392.

fazla ödeme miktarı yönünden mahkemece bir araştırma yapılmamıştır. Dosya kapsamından işin götürü bedelinin 85.000.000 TL olduğu ve davalıya 30.000.000 TL ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davalının yaptığı işin değerinin yaptığı işin oranına göre bulunması gerekir. Yani mahkemece yapılacak iş davalının iş yerinde bıraktığı malzeme de dâhil edilerek, yaptığı işin sözleşmedeki tüm işe göre fiziki oranının bulunması bu oranın götürü bedel olan 85.000.000 TL'ye yansıtılmak suretiyle hak ettiği bedelin bulunması davacının ödediği 30.000.000 TL'nin düşülerek davacının davalıya fazla ödemesinin mevcut olup olmadığının belirlenmesinden ibarettir¹⁶⁵.

İdarenin sözleşmenin feshedilmesinden doğan alacakları ile ilgili zamanaşımı, alacak muaccel olduğu zamanda başlar. Alacak ise, tasfiye hesabının kesinleştiği tarihte muaccel olur¹⁶⁶. Tasfiye hesabının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra idare artık olumsuz zararının tazminini talep edemeyecektir.

Sözleşmenin ifasının bitmesinden sonra idare tarafından devir yasağının ihlal edildiğinin tespiti mümkündür. Böyle bir durumda idare tarafından sözleşmenin feshedilmesinde hukuki yarar yoktur. Nitekim Yargıtay'ın emsal kararına göre; davacı yüklenici tarafından sözleşme konusu iş davalı belediyeye teslim edilmiştir. İşin teslim edilmesinden sonra sözleşme davalı belediye tarafından feshedilmiştir. İşin tesliminden sonra iş sahibi belediyenin sözleşmeyi feshetmesinde haklı bir neden görülmemiştir¹⁶⁷.

İdare tarafından verilecek olan fesih kararının kim tarafından verileceği konusunda Yargıtay, fesih yetkisinin sözleşmeyi idare adına imzalayan makam tarafından kullanılmasını gerektirdiğine hükmetmiştir¹⁶⁸. Yine diğer bir kararında 4735 sayılı kanun gereğince kamu ihale sözleşmesinin imzalanması halinde, yüklenicinin m.21'deki yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edilmesinin söz konusu olması durumunda, sözleşmenin feshinin mahkemedен talep edilmesinde hukuki yararın olmadığına, bunun tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir hak olarak idare tarafından kullanılacak olan fesih bildirimini ile yapılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Y.15.HD. T.06.11.1996, E.1996/4955, K.1996/5792.

¹⁶⁶ Y.15.HD. T.17.12.1990, E.1990/3754, K.1990/5531.

¹⁶⁷ Y.15.HD. T.27.02.2007, E.2006/196, K.2007/1233.

¹⁶⁸ Y.4.HD. T.02.03.1970, E.1970/12803, K.1970/1666.

¹⁶⁹ Y.15.HD. T.09.06.2005, E.2004/6043, K.2005/3488.

İdarenin fesih kararını aldıktan sonra bu fesih kararından dönmesi söz konusu olamaz. Sözleşme feshedildikten ve fesih kararı müteahhide tebliğ edildikten sonra, fesihten vazgeçilmesi ve sözleşmenin yeniden uygulanması mümkün değildir¹⁷⁰.

Fesih kararı verme yetkisi, tek taraflı olarak idareye ait olsa da, bu karara karşı yapılacak başvurular adli yargı mercilerinde görülecektir. Çünkü buradaki fesih kararı bir idari işlem değildir. Danıştay'ın bu konuda önüne gelen bir davada, eczacı olan davacının davalı idare ile yaptığı ilaç sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin idare işleminin iptali istemiyle dava açılmış, idarenin personeline ilaç verilmesi amacıyla yapılan sözleşmenin idari sözleşme sayılmasına olanak bulunmadığı ve uyuşmazlığın özel hukuk hükümleri doğrultusunda adli yargı yerlerince çözümlenebileceği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir¹⁷¹.

2.4.3. İhalelere Katılmaktan Yasaklanma

Devir yasağına uyulmaması halinde kamu ihale sözleşmesinin feshedilmesinden sonra uygulanacak hüküm 4735 s.K.m.26'dır. Söz konusu hükme göre m.16'ya aykırı bir şekilde sözleşme devri yaptıkları tespit edilenler hakkında 1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir.

Bu noktada cezanın 1 ila 2 yıl arasındaki tespiti ilgililerin fiil veya davranışlarının özelliğine göre belirlenecektir. İhale yasağının kapsamı, sadece feshedilen sözleşmesini imzaladığı idare ile değil, 4734 s.K. m.2/f.2 ve m.3'te sayılan istisnaların da tamamı dâhil olmak üzere genel ve özel bütçeli bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihaleleridir. Bunun içine, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ek cetvellerinde gösterilen kamu kurum ve kuruluşlarının tamamı girmektedir.

Katılma yasakları, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın 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.

¹⁷⁰ Y.4.D. T.19.12.1958, E.1958/8855, K.1958/8226.

¹⁷¹ D.6.D. T.12.03.1998, E.1997/1550, K.1998/1455. Aynı yönde Bkz. UM(Hukuk Bölümü), T.16.05.2005, E.2005/16, K. 2005/36.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

Bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler.

Yasaklama kararları, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihi izleyen en geç 45 gün içinde verilir. Verilen bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Bu kararlar KİK tarafından izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

İdareler, m.25'te belirtilen yasaklamayı gerektiren bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.

Yargıtay'ın ihalelerden yasaklanma ile ilgili bir kararına göre; akdi fesheden davacının; ancak olumsuz zararlarını istemeye hakkı olup, olumlu zararlardan sayılan kar kaybını isteyemez. Olaydaki davada davalı idare, davacı hakkında ihalelere girmeyi yasaklama kararı almış ve bu karar Resmi Gazetede ilan edilmiştir. Bu işlem idari nitelikte bulunup, karar sebebiyle oluşan zararın tazmini de tam yargı davasını gerektirdiğinden, davacının bununla ilgili isteğinin idari yargıda görülmesi gerekir. Bu kısma ilişkin dava tefrik edilerek görevsizlik kararı verilmelidir. Faize ilişkin olarak ise, TBK m.117 uyarınca işlemiş faize hükmedilebilmesi için, davalının temerrüde düşürülmesi gerekir. Davalıya gönderilen fesih yazısı ve davacıya çektiği ihtarnameler temerrüt ihtarı yerine geçmeyeceğinden dava tarihinden itibaren faize karar verilmesi gerekir¹⁷².

¹⁷² Y.15.HD. T.28.06.1995, E.1995/2446, K.1995/3235.

SONUÇ

Yalın olarak kamu ihale sözleşmeleri ve buna özel uygulama konuları ile ilgili olarak çıkarılmış nadir çalışmalardan olan bu eserde, öncelikle kamu ihale sözleşmelerinin değiştirilmesi ve ardından devri incelenmiştir. Söz konusu alanlarda 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda yer alan m.15 ve m.16 hükümleri temel dayanağımız olup bununla birlikte mal, hizmet alımı, danışmanlık hizmet alımı, çerçeve anlaşma ve yapım işlerine ait ihale uygulama yönetmelikleri ve bunların eklerinde yer alan şartnameler ile tip ve münferit sözleşmeler başlıca inceleme konuları olmuştur.

Bunun yanı sıra kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmeleri olduğu doktrinde yer alan karşıt görüşlere de yer verilerek tekrardan ele alınmış ve bunun sonucu olarak özel hukukumuzda var olan genel hükümlere, uygun düştüğü ölçüde atıflar yapılarak hukuki boşluklar tamamlanmaya çalışılmıştır.

Yine kamu ihale sözleşmelerinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğunun kabul edilmesine bağlı olarak, bu sözleşmelerin tek taraflı olarak özellikle idare tarafından değiştirilmesinin de önüne geçilmek istenmiş ve 4735 s.K'da belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceğine hükmedilmiştir. Bunun da güvencesi olarak m.15 hükmü getirilmiştir ve söz konusu hükme göre sözleşme imzalandıktan sonra ancak, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, işin yapılma yeri ve erkene alınması koşuluyla işin yapılma zamanı hususları ile ilgili sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir.

Çalışmamızın son bölümü olan kamu ihale sözleşmelerinin devri konusu da m.16 temelinde ve Borçlar Kanunu m.205 ile diğer ilgili hükümler çerçevesinde ele alınarak incelenmiştir. Bu noktada öne çıkan husus, m.16'da genel hükümlerden farklı olarak, emredici bir kural olarak sözleşme devrinin ihale yetkilisinin yazılı iznine bağlanmasıdır. Ayrıca bu hükme özel olarak konulan, herhangi bir kamu ihale sözleşmesinin devralınması veya devredilmesinden itibaren üç yıl içinde ikinci bir kamu ihale sözleşmesinin devralınması ya da devredilmesi yasaklanmıştır. Bunun yanı sıra hem bu yasağın aykırı hareket edilmesi

hem de ihale yetkilisinin izni olmaksızın sözleşme devrinin yapılması hallerinde sadece yapılan usulsüz devir değil, bütün olarak kamu ihale sözleşmesinin idare tarafından feshedilebilmesi mümkün olmaktadır.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda sözleşmelerin değiştirilmesi ve devri konuları ile ilgili hükümlere bizzat yer verilmesi olumlu olmakla birlikte bu konulardaki yetersizliği karşılamamaktadır. Çünkü kamu ihale sözleşmelerinin değiştirilmesi ve devri kendine özgü hükümlere tabi olduğundan, genel hükümlerin kıyasen uygulanması her zaman isabetli olmamaktadır ve bazı konularda hukuki boşluklar ortaya çıkmaktadır. Uygulamada da bu boşluklar yargı kararları ile doldurulmaya çalışılmaktadır. Bu açıdan da çalışmamızın doktrin ve uygulamaya faydalı olmasını diliyoruz.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Akyılmaz, Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, Ocak, 2004.

Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Yayınevi, Genişletilmiş 9.Baskı, Ankara, Ekim 2012.

Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 17.Baskı, Ankara, 2012.

Atamer, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi, Beta Yayınevi, İstanbul, Şubat 2001.

Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayınevi, 7.Bası, İstanbul, Haziran, 2012.

Bilgen, Mahmut, Özel Hukukta Zamanaşımı, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Temmuz 2010.

Buz, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Çınar, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, 12 Levha Yayınları, İstanbul, Ekim 2009.

Demirboğa, Dursun Ali, Avrupa Birliği Hukuku Bağlamında Kamu İhale Sözleşmesi Yapılmasında İsteklinin İdareye Karşı Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2006.

Derdiman, Cengiz, İdare Hukuku, Alfa Aktüel Yayınları, 2007.

Doğanyığıt, Sadettin, Kamu İhale Kanunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Erdem, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2010.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 9.Bası, Beta Yayınevi, Aralık 2006, İstanbul.

Giritli, İsmail / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun, İdare Hukuku, Genişletilmiş 3.Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2008.

Gönen, Yılmaz, İnşaat Sözleşmelerinde Alacağın Devri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2006.

Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007.

Gözübüyük Şeref / Tan Turgut, İdare Hukuku Cilt 1 – Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 5.Bası, Ankara, 2007.

Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 9.Baskı, Ankara, Ekim 2004.

Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, 2.Baskı, İstanbul, Eylül 2012.

Karaca, Mehmet, İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, 23.Baskı, Eylül 2102.

Kırkbeşoğlu, Nagehan, Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Kasım 2011.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 16.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Temmuz 2012.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Mart 2013.

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ekim, 2012.

Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23.Bası, İstanbul, Ağustos 2012.

Serozan, Rona, Borçlar Hukuku (Özel Bölüm), Filiz Kitabevi, 2.Baskı, İstanbul 2006.

Tangör, Mehmet Ali, Kamu İhale İnşaat Sözleşmeleri ve FIDIC Bakımından Müteahhidin Borçları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2009.

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, 1993.

Uz, Abdullah, İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara, Nisan, 2010.

Von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev.Cevat Edege, Ankara, 1983.

Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, 11.Baskı, İstanbul, Ekim 2012.

Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2009.

Yıldırım - Yasin - Karan - Özdemir - Üstün - Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, 2.Baskı, İstanbul, Mart 2011.

Zevkliler, Aydın, Havutçu, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınevi, 9.Baskı, Ankara, 2007.

Makaleler

Barlas, Nami, Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65.Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999.

Çelikleş, İbrahim, 4964 Sayılı Kanunla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişikliklerin, İhale Usulleri Ve Bunların Sözleşmeye Bağlanmaları Açısından Değerlendirilmesi, Sayıştay Dergisi, Sayı 50-51, Temmuz-Aralık 2003.

Kuluçlu, Erdal, Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmenin Devri, Sayıştay Dergisi, Sayı:49, Nisan-Haziran 2003.

Tekinsoy, Akman, İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, AÜFHD, C.55, S.2, 2006.

Uzun, Mükremin, Kamu İdarelerinin Borçlu Taraf Olarak Yer Aldığı Sözleşmelerde Alacağın Temliki, Sayıştay Dergisi, Sayı:80, Ocak – Mart 2011.

Diğer Kaynaklar

<http://www1.ihale.gov.tr/mevzuat/istisnalar%5Cistisnalar.html>

https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/SozlesmeDevirIslemleri/IhaleDevirFormu_FirmaSorgu.aspx