



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

**KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERME SEBEPLERİ
VE SONUÇLARI**

Zeynep ŞİMŞEK

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2024

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERME SEBEPLERİ VE SONUÇLARI

Zeynep ŞİMŞEK

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2024

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan “**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge**” kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. ⁽¹⁾
- Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren ay ertelenmiştir. ⁽²⁾
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. ⁽³⁾

...../...../.....

[İmza]

Zeynep ŞİMŞEK

¹“Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge”

- (1) Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez **danışmanın** önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu** iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.
- (2) Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez **danışmanın** önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulunun** gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.
- (3) Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, **tezin yapıldığı kurum** tarafından verilir *. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, **ilgili kurum ve kuruluşun önerisi** ile **enstitü** veya **fakültenin** uygun görüşü üzerine **üniversite yönetim kurulu** tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.
Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

* Tez **danışmanın** önerisi ve **enstitü anabilim dalının** uygun görüşü üzerine **enstitü** veya **fakülte yönetim kurulu** tarafından karar verilir.

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, grsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında zgn olduğunu, **Prof. Dr. Rauf KARASU** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

[imza]

Arş. Gör. Zeynep şİMŞEK

TEŞEKKÜR YAZISI

Bu çalışma TÜBİTAK Bilim İnsanı Destek Programı Başkanlığı (BİDEB) tarafından yürütülen 2210-A Genel Yurt İçi Yüksek Lisans Programı tarafından desteklenmiştir. Bu vesileyle yüksek lisans eğitimim süresince 2210-A Genel Yurt İçi Yüksek Lisans Programı kapsamında sağladığı destek için TÜBİTAK'a teşekkür ederim.

Bu çalışmanın gerçekleştirilmesindeki destek ve katkılarından dolayı danışmanım Prof. Dr. Rauf Karasu'ya teşekkürlerimi sunarım. Lisans ve yüksek lisans eğitimim boyunca bilgileriyle ve destekleriyle bana yol gösteren Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki hocalarıma teşekkür ederim.

Hayatım boyunca beni destekleyen kıymetli annem Hamide ŞİMŞEK, babam Abdullah ŞİMŞEK ve kardeşlerime sonsuz şükranlarımı sunarım.

ÖZET

ŞİMŞEK, Zeynep. *Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Erme Sebepleri ve Sonuçları*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2024.

İdare, mal ve hizmet alım ile yapım işlerini, ihtiyaca göre dış kaynaklardan temin edebilmektedir. Dış kaynaklardan temin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde düzenlenen ihaleler ile sağlanmaktadır. İhaleye katılan isteklilerden ekonomik olarak en avantajlı teklifi veren, ihaleyi kazanmaktadır. İhale sonucunda, ihale üstünde kalan istekli ile ihaleye çıkan idare arasında sözleşme imzalanmaktadır. Sözleşme, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve ilgili yönetmelik hükümlerine göre düzenlenmektedir. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden biri olan kamu ihale sözleşmeleri, özel hukuk hükümlerine tabidir. Kamu ihale sözleşmelerinin kuruluşundan sona ermesine kadar özel hukukun etkisi sözleşmeler üzerinde hissedilmektedir. Zira 4735 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulmaktadır. Kamu ihale sözleşmelerinde taraflar, edimin ifa edilmesi ile sözleşmenin tamamlanmasını amaçlamaktadır. Ancak bu her zaman mümkün değildir. Sözleşme ifa dışında, 4735 sayılı Kanun'da sayılan sebepler ve borçlar hukukunda düzenlenen sebepler ile de sona erebilmektedir. Sözleşmenin sona erme sebebinin yükleniciden kaynaklanması veya yüklenicinin kusurundan bağımsız olmasına göre sözleşmenin sona ermesinin sonuçları değişmektedir. Çalışmamızda, idarenin ihale sonucunda yüklenici ile yaptığı sözleşmelerin hem 4735 sayılı Kanun'a hem de borçlar hukukuna göre sona erme sebepleri irdelenmiş olup sözleşmenin sona ermesinin hüküm ve sonuçları değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler

Kamu ihale sözleşmeleri, İhale, Fesih, Tasfiye.

ABSTRACT

ŞİMŞEK, Zeynep. *Termination Reasons and Consequences of Public Procurement Contracts*, Master's Thesis, Ankara 2024.

The government, is authorized to procure goods, services, and construction works from external sources according to its needs. Procurement from external sources is conducted through tenders regulated by the Public Procurement Law No. 4734. The winning bidder of the tender is the one offering the most economically advantageous proposal among the participants. Following the tender, a contract is signed between the successful bidder and the administration. The contract is prepared in accordance with the Public Procurement Contracts Law No. 4735 and the relevant legislation. The Public Procurement Contracts, being one of the private law contracts of the administration, are subject to the provisions of private law. The influence of private law is evident on contracts from their establishment until termination. In cases where Law No. 4735 lacks provisions, the provisions of the Turkish Code of Obligations No. 6098, are applied. Parties in public procurement contracts aim to achieve contract completion through the performance of obligations. However, this is not always feasible. Apart from performance, the contract may also be terminated for reasons listed in Law No. 4735 and regulated in the Law of Obligations. The consequences of contract termination vary depending on whether the termination stems from the contractor or is independent of the contractor's fault. In our study, we have examined the termination reasons of contracts made by the administration with contractors following the tender, both according to Law No. 4735 and the law of obligations, and evaluated the provisions and consequences of contract termination.

Keywords

Public procurement contracts, Tender, Termination, Liquidation.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI	ii
ETİK BEYAN	iii
TEŞEKKÜR YAZISI	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR DİZİNİ.....	xiii

GİRİŞ	1
-------------	---

1. BÖLÜM: GENEL OLARAK KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ	5
--	---

1.1. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ.....	5
---------------------------------	---

1.1.1. Genel olarak	5
---------------------------	---

1.1.2. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri	7
---	---

1.2. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ	7
------------------------------------	---

1.2.1. Genel Olarak	7
---------------------------	---

1.2.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Tarihsel Gelişimi.....	10
--	----

1.2.3. Sözleşmenin Amacı ve Kapsamı	14
---	----

1.2.4. Sözleşmenin Tarafları.....	16
-----------------------------------	----

1.2.4.1. İdare	16
----------------------	----

1.2.4.2. Yüklenici	17
--------------------------	----

1.2.4.2.1. Ortak Girişim (Joint Venture)	18
--	----

1.2.4.2.1.1. Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişim.....	19
---	----

1.2.4.2.1.2. Sermayeye Dayalı Ortak Girişim	21
---	----

1.2.4.2.2. Alt Yüklenici	22
--------------------------------	----

1.2.5. Tarafların Yükümlülükleri.....	23
---------------------------------------	----

1.2.5.1. Yüklenicinin Yükümlülükleri.....	23
---	----

1.2.5.1.1. Sadakat Yükümlülüğü	23
--------------------------------------	----

1.2.5.1.2. İşi Özenle Yapma Yükümlülüğü.....	24
--	----

1.2.5.1.3. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Yükümlülüğü.....	25
---	----

1.2.5.1.4. İşi Kendisi Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Yükümlülüğü	26
--	----

1.2.5.1.5. Kontrol ve Bildirim Yükümlülüğü	26
--	----

1.2.5.1.6. Teslim Yükümlülüğü	26
-------------------------------------	----

1.2.5.2. İdarenin Yükümlülükleri.....	27
---------------------------------------	----

1.2.6. Sözleşmenin Türleri	27
----------------------------------	----

1.2.6.1. Anahtar Teslim Götürü Bedel Sözleşme	27
---	----

1.2.6.2. Götürü Bedel Sözleşme.....	29
-------------------------------------	----

1.2.6.3. Birim Fiyat Sözleşme.....	29
------------------------------------	----

1.2.6.4. Karma Sözleşme.....	29
------------------------------	----

1.2.6.5. Münferit Sözleşme	30
----------------------------------	----

1.2.7. Sözleşmenin Tabi Olduğu İlkeler.....	31
---	----

1.2.7.1. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Tabi İlkeler	31
1.2.7.1.1. Sözleşmenin İhale Dokümanına Aykırılık Taşımayacağı İlkesi	31
1.2.7.1.2. Sözleşmenin Değişmezliği İlkesi.....	32
1.2.7.1.3. Sözleşme Taraflarının Eşitliği İlkesi.....	32
1.2.7.2. Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmeye Hâkim Olan İlkeler.....	33
1.2.8. Sözleşmenin Düzenlenmesi	33
1.2.8.1. İhalenin İlan Edilmesi	34
1.2.8.2. Tekliflerin Sunulması	35
1.2.8.3. İhale Kararının Kesinleşmesi	37
1.2.8.4. Sözleşmeye Davet	40
1.2.8.5. Sözleşmenin Şekli	41
1.2.8.6. Sözleşmenin Kurulduğu An	42

2. BÖLÜM: KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERME SEBEPLERİ.....44

2.1. GENEL OLARAK

2.2. YÜKLENİCİDEN KAYNAKLI SONA ERME SEBEPLERİ

2.2.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Sona Erme Sebepleri.....	45
2.2.1.1. Dar Anlamda Borcun Sona Erme Sebepleri.....	45
2.2.1.1.1. İfa.....	45
2.2.1.1.1.1. Genel Olarak	45
2.2.1.1.1.2. Mal Alım Sözleşmelerinde İfa	46
2.2.1.1.1.3. Hizmet Alım Sözleşmelerinde İfa	48
2.2.1.1.1.4. Yapım İşleri Sözleşmelerinde İfa	49
2.2.1.1.2. Borcun Yenilenmesi.....	50
2.2.1.1.3. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi.....	51
2.2.1.1.4. İbra.....	52
2.2.1.1.5. Takas	53
2.2.1.1.6. Kusurlu İmkânsızlık	54
2.2.1.2. Geniş Anlamda Borcun Sona Erme Sebepleri	55
2.2.1.2.1. Bozma (İkale)	55
2.2.1.2.2. Geri Alma	57
2.2.1.2.3. İptal.....	59
2.2.1.2.3.1. Genel Olarak	59
2.2.1.2.3.2. Hata Sebebiyle Sözleşmenin İptali.....	61
2.2.1.2.3.2.1. Beyan Hatası Sebebiyle Sözleşmenin İptali	61
2.2.1.2.3.2.2. Saik Hatası Sebebiyle Sözleşmenin İptali	63
2.2.1.2.3.3. Hile veya Tehdit Sebebiyle Sözleşmenin İptali.....	65
2.2.1.2.4. Dönme	67
2.2.1.2.4.1. Dönme Teorileri	67
2.2.1.2.4.2. Kamu İhale Sözleşmelerine Dönmenin Etkisi	69
2.2.1.2.4.3. Yapım İşleri Sözleşmelerinde Dönmenin Etkisi	71
2.2.1.2.4.3.1. Yüklenicinin Temerrüdünü Dönme Kapsamında Kabul Eden Görüş	71
2.2.1.2.4.3.2. Yüklenicinin Temerrüdünü Fesih Kapsamında Kabul Eden Görüş	72

2.2.1.2.5. Fesih.....	74
2.2.1.2.5.1. Fesih Kavramı ve Hukuki Niteliği	74
2.2.1.2.5.2. Fesih Türleri	75
2.2.1.2.5.3. Kamu İhale Sözleşmeleri Açısından Fesih.....	77
2.2.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Sona Erme Sebepleri.....	78
2.2.2.1. Sözleşmenin İzinsiz Devri.....	79
2.2.2.1.1. Genel Olarak.....	79
2.2.2.1.2. Sözleşmelerin Devir Şartları.....	80
2.2.2.1.2.1. Zorunlu Halin Varlığı	81
2.2.2.1.2.2. İdarenin İzni	81
2.2.2.1.2.3. Devralan Yüklenicinin Devreden Yüklenici ile Aynı Şartlara Haiz Olması.....	82
2.2.2.1.2.4. Yüklenicinin Üç Yıl İçinde Başka Bir Sözleşmeyi Devretmemiş veya Devralmamış Olması	83
2.2.2.1.3. Sözleşmenin Usulsüz Devrinin Sonuçları	83
2.2.2.2. Yüklenicinin Ölümü, İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkumiyeti Sebebiyle Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi	84
2.2.2.2.1. Yüklenicinin Ölümü	85
2.2.2.2.2. Yüklenicinin Ölümünün Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi.....	86
2.2.2.2.3. Yüklenicinin İflası	86
2.2.2.2.4. Yüklenicinin İflasının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi	87
2.2.2.2.5. Yüklenicinin Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkumiyeti	87
2.2.2.2.6. Yüklenicinin Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkumiyetinin Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi	88
2.2.2.2.7. Yüklenicinin Ortak Girişim Olması Halinde Ölüm, İflas, Ağır Hastalık, Tutukluluk ve Mahkûmiyet.....	88
2.2.2.3. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması Yüzünden Sözleşmenin Feshi.....	90
2.2.2.3.1. Genel Olarak.....	90
2.2.2.3.2. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunmasının Şartları	90
2.2.2.3.2.1. Yüklenici Mali Acz İçinde Bulunmalıdır.....	90
2.2.2.3.2.2. Mali Aczin Sözleşme Kurulduktan Sonra Meydana Gelmelidir.....	91
2.2.2.3.2.3. Mali Acz ile Sözleşmeden Doğan Edimlerin İfa Edilememesi Arasında Bir İlliyet Bağı Olmalıdır	92
2.2.2.3.2.4. Mali Aczin Varlığı Nedeniyle Yüklenici Sözleşmeden Doğan Taahhütleri Yerine Getirememeli ve Bu Durumu Yazılı Olarak İdareye Bildirmelidir.....	92
2.2.2.3.3. Yüklenicinin Mali Aczinin Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi.....	92
2.2.2.4. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshi.....	94
2.2.2.4.1. Genel Olarak.....	94
2.2.2.4.2. Yüklenicinin Temerrüdünün Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	94
2.2.2.4.3. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Şartları.....	96
2.2.2.4.3.1. Yüklenicinin Taahhüdünü İhale Dokümanı ve Sözleşme Hükümlerine Uygun Olarak Yerine Getirmemesi	96
2.2.2.4.3.2. İdarenin İhtarı.....	96

2.2.2.4.4. Yüklenicinin Temerrüdünün Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi ...	97
2.2.2.5. Yüklenicinin Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunması	98
2.2.2.5.1. Genel Olarak	98
2.2.2.5.2. Yüklenicinin İhale Sürecinde Yasak Fiil ve Davranışta Bulunması	98
2.2.2.5.3. Yüklenicinin Sözleşme Aşamasında Yasak Fiil ve Davranışta Bulunması	101
2.3. YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANMAYAN SEBEPLERLE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ.....	102
2.3.1. İdareden Kaynaklı Sebeplerle Sözleşmenin Sona Ermesi	102
2.3.1.1. Genel Olarak	102
2.3.1.2. İdarenin Temerrüdü	103
2.3.1.3. İdarenin Kusurlu Olduğu İmkânsızlık.....	106
2.3.1.4. İdarenin Ayıplı İfada Bulunması	106
2.3.2. Diğer Sebeplerden Dolayı Sözleşmenin Sona Ermesi	107
2.3.2.1. Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Diğer Sebeplerle Sona Erme....	107
2.3.2.1.1. Kusursuz İmkânsızlık	107
2.3.2.1.2. Zamanaşımı	108
2.3.2.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde Yer Alan Diğer Sebeplerle Sona Erme.....	109
2.3.2.2.1. Mücbir Sebeplerin Varlığından Dolayı Sona Erme	109
2.3.2.2.1.1. Genel Olarak	109
2.3.2.2.1.2. Şartları	109
2.3.2.2.1.3. Kamu İhale Sözleşmelerinde Karşılaşılan Mücbir Sebepler ve Etkileri.....	111
2.3.2.2.2. İş Artışı Nedeniyle İşin Tamamlanmasının Mümkün Olmaması .	114
2.3.2.2.2.1. Genel Olarak	114
2.3.2.2.2.2. İş Artışının Şartları	115
2.3.2.2.2.3. İş Artışının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi	117
2.3.2.2.3. İş Eksikliğinden Dolayı Sona Erme.....	118
2.3.2.2.3.1. Genel Olarak	118
2.3.2.2.3.2. İş Eksikliği ile Sözleşmenin Tamamlanma Halleri	118
3. BÖLÜM: KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI.....	120
3.1. GENEL OLARAK	120
3.2. SONA ERME USULÜ	121
3.2.1. Genel Olarak	121
3.2.2. Sözleşme Türüne Göre Tasfiye Süreçleri.....	122
3.2.2.1. Yapım İşleri Sözleşmelerinde Tasfiye Süreci.....	122
3.2.2.2. Mal Alım Sözleşmelerinde Tasfiye Süreci	123
3.2.2.3. Hizmet Alım Sözleşmelerinde Tasfiye Süreci.....	124
3.2.3. İdarenin Yapması Gereken İşlemler	125
3.2.3.1. Durum Tespit Tutanağı.....	125
3.2.3.2. Hesabın Tasfiyesi	126
3.2.3.3. Hesap Kesme Hakedişi	127

3.2.4. Tasfiyeye Uygulanacak Hükümün Dayanağı.....	127
3.2.4.1. Tasfiyenin Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Dayanması.....	127
3.2.4.2. Tasfiyenin Sözleşmeden Doğan Bir Borcun İfası Olarak Değerlendirilmesi.....	128
3.2.4.3. Tasfiyenin Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Hükümlerine Dayandırılması.....	128
3.2.4.4. Tasfiyede Satım Sözleşmelerine İlişkin Hükümlerin Kıyasen Uygulanması.....	129
3.2.5. Adi Ortaklık Niteliğinde Olan Konsorsiyum ve İş Ortaklığının Tasfiye Süreci.....	129
3.3. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	132
3.3.1. Genel Olarak.....	132
3.3.2. Kusurun Tespiti.....	132
3.3.3. İade.....	134
3.3.3.1. Genel Olarak.....	134
3.3.3.2. Aynen İade.....	134
3.3.3.3. Bedelin İadesi.....	135
3.3.4. Zararın Tazmini.....	135
3.3.4.1. Genel Olarak.....	135
3.3.4.2. Müspet Zarar.....	136
3.3.4.3. Menfi Zarar.....	136
3.3.5. Kesin Teminatın Gelir Kaydedilmesi.....	137
3.3.6. İhalelere Katılmaktan Yasaklanma.....	139
3.3.7. Yüklenicinin Mallarının Satın Alınması.....	140
3.4. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN YÜKLENİCİYE KUSUR ATFEDİLEMİYEN SEBEPLERLE SONA ERMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	141
3.4.1. Genel Olarak.....	141
3.4.2. Kesin Teminatın İadesi ve Hesabın Tasfiyesi.....	142
3.5. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN DENETİMİ.....	142
3.5.1. Genel Olarak.....	142
3.5.2. Adli Yargı Kapsamında Uyuşmazlıkların Çözümü.....	144
3.5.2.1. Genel Olarak.....	144
3.5.2.2. Adli Yargı Organlarının Kamu İhale Sözleşmelerine Dair Uyuşmazlıklardaki Görev ve Yetkileri.....	146
3.5.3. Kamu İhale Kurumu'nun Uyuşmazlıkların Çözümündeki Rolü.....	148
3.5.3.1. Genel Olarak.....	148
3.5.3.2. Kamu İhale Kurumu'nun Uyuşmazlıkların Çözümü Noktasında Görev ve Yetkileri.....	150
3.5.4. Sayıştay'ın Kamu İhale Sözleşmeleri Üzerindeki Denetimi.....	150
3.5.4.1. Genel Olarak.....	150
3.5.4.2. Sayıştay Denetiminin Kapsamı.....	151
3.5.5. Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı'nın Uyuşmazlıkların Çözümündeki Rolü.....	152

3.5.6. Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü 153

SONUÇ..... 157

KAYNAKÇA..... 165

EK 1. ORJİNALLİK RAPORU179

EK 2. ETİK KURUL MUAFİYET FORMU181

ÖZGEÇMİŞ..... Error! Bookmark not defined.

KISALTMALAR DİZİNİ

age.	: adı geçen eser
bkz.	: Bakınız
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
çev.	: çeviren
D.	: Daire
DİK	: 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
E.	: Esas
E.A.	: Erişim Adresi
E.T.	: Erişim Tarihi
EKAP	: Elektronik Kamu Alımları Platformu
FIDIC	: Uluslararası Müşavirler ve Mühendisler Uluslararası Federasyonu (Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils)
HD	: Hukuk Dairesi
HAMKY	: Hizmet Alım Muayene ve Kabul Yönetmeliği
HİGŞ	: Hizmet İşleri Genel Şartnamesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
İK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İYUK	: İdari Yargılama Usul Kanunu
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
K.	: Karar

KİGT	: Kamu İhale Genel Tebliği
KİK	: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
KİKK	: Kamu İhale Kurumu Kararları
KİSK	: 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
Kurum	: Kamu İhale Kurumu
m.	: Madde
MAİUY	: Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği
MADMKİDY	: Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik
No.	: Numara
R.G.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SK	: 6085 sayılı Sayıştay Kanunu
Sözleşme	: Kamu İhale Sözleşmeleri
T.	: Tarih
TK	: Temyiz Kurulu
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Tut.	: Tutanak
ÜFE	: Üretici Fiyat Endeksi

vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğçerleri
Vol.	: volume
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİGŞ	: Yapım işleri Genel Şartnamesi
YİMKY	: Yapım İşleri Muayene ve Kontrol Yönetmeliği
Y.	: Yıl
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Klasik kamu düzeni, 19. yüzyılın sonlarında yerini modern anlamda kamu düzenine bırakmıştır. Modern anlamda kamu düzeni, güvenlik, esenlik ve sağlık unsurlarının yanına yeni ögeler eklemiş ve kamu düzeni kavramının kapsamını genişletmiştir. Kamu düzeni anlayışına yakın zamanda eklenmiş olmakla birlikte uzun zamandır toplumun önemli bir unsuru olan ekonomi de bu çerçevede kendine yer edinmiştir. Ekonomik kamu düzeni, birey-toplum-devlet üçgeni içerisinde girişim ve sözleşme hürriyetine dair geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu bağlamda bireyin malvarlığının korunması, toplumun ekonomik refah seviyesinin artırılması ve devletin finansal gücünün oluşması, ekonomik kamu düzeninin varlığına ilişkindir. Ekonomik kamu düzeni hem bireye hem devlete birçok hak vermekle birlikte bazı kısıtlamalar da getirmektedir. Özellikle devletin ekonomiye müdahalesi olarak kabul edilen bu kısıtlamalar, kişilerin girişim ve sözleşme hürriyetlerini sınırlandırmaktadır. İktisadi regülasyon olarak da nitelendirilen bu sınırlama, toplumdaki ekonomik düzen ve güveni tesis etmektedir. Ekonomik anlamda düzen ve güvenin sürdürülebilirliği ise kamu kaynaklarının etkin ve doğru kullanımından geçmektedir.

Kamu kaynaklarının doğru ve etkin kullanımı, idarenin sorumluluğundadır. İdare, kamu hizmetini yürütürken kaynaklardan maksimum faydayı sağlamalıdır. Bunun için de kimi zaman dış ögelerden hizmetin görülmesini talep etmektedir ve bunun için ihaleye çıkılması zorunludur. İhale, tarih boyunca devletlerin kamu hizmetini tesis etmek için başvurduğu bir yöntem olmakla birlikte ekonomik kamu düzeninin bir yansıması konumundadır. Zira ihale ile ekonomik anlamda en avantajlı teklif seçilerek, kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanımı hedeflenmektedir. İhale, idare hukukunun bir parçasıdır ve ihaleye çıkan idare, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanarak bu süreci yönetmektedir. Süreç, ekonomik olarak en avantajlı teklifin seçilmesiyle sona ermekte ve idare, ihale üstüne kalan istekli ile yeni bir aşamaya geçmektedir.

Yeni aşama, idare ile ihaleyi kazanan isteklinin, ihale konusu işe ilişkin sözleşmeyi imzalamasıyla başlamaktadır ve özel hukuka tabidir. İdare, sözleşmenin tarafı yüklenici ile eş konumdadır ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanamamaktadır. Sözleşme, ihale aşamasında düzenlenen dokümanların devamı niteliğindedir ve ihale dokümanlarına aykırı unsurları içerisinde barındıramamaktadır. İhaleye güven ilkesinin bir uzantısı olan bu anlayış, sözleşmenin taraflarını da ileride oluşabilecek sürprizlere karşı korumaktadır. İdare, sözleşmenin tarafı yükleniciden ihale aşamasında talep etmediği hususları sonrasında talep edememekte, yüklenici de ihale konusu iş dışında bir edimin ifasını gerçekleştirememektedir. Bu anlayışın temel amacı, sözleşme aşamasının sağlıklı ve güven ortamı içerisinde sürdürülebilmesi ve tamamlanabilmesidir. Sözleşmenin en tabi tamamlanma şekli ise ifadır.

Taraflarca istenen ve edimlerin yerine getirilmesi ile sözleşmeyi sona erdiren ifa, borcun en doğal sona erme halidir. Ancak pratikte sözleşmenin ifa ile sona ermesi, her zaman mümkün olmamaktadır. Kamu ihale sözleşmeleri açısından 4735 sayılı Kanun'da kabul edilen sebeplerin yanı sıra borçlar hukukunda sayılan sona erme halleri de sözleşme konusu edimlerin ifası gerçekleşmeden, borcu dolayısıyla da sözleşmeyi sona erdirebilmektedir. Bu sebepler yükleniciden kaynaklanabileceği gibi yükleniciden bağımsız olarak da meydana gelebilmektedir. Çalışmamızda, sözleşmelerin sona erme halleri, yükleniciden kaynaklı olup olmamalarına göre sınıflandırılmaktadır. Zira sözleşmenin sona erme kaynağı, sona ermenin doğuracağı hüküm ve sonuçları da etkilemektedir.

Yükleniciye kusur ithaf edilen ve 4735 sayılı Kanun'da düzenlenen sona erme halleri, sözleşmeyi fesih hükümleri çerçevesinde sona erdirmektedir. Ancak doktrinde bu husus tartışmalıdır. Zira kanun koyucu, fesih kavramını özensiz bir şekilde kullanmıştır. Bu nedenle fesih hükümlerinin uygulanması öngörülen bazı durumlarda aslen dönme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Özellikle yeni dönme teorisi çerçevesinde fesih ile dönmenin, sözleşmeler üzerindeki etkisinin iyi tespit edilmesi ve uygulamaya dönüşmesi gerekmektedir. Ancak kanundaki karmaşa giderilmeden bu hususun pratikte

bir karşılık bulması pek mümkün görünmemektedir. Zira idare, özellikle yükleniciden kaynaklanan sebeplerle sözleşmenin sona ermesi halinde, dönmeye ilişkin hükümlerin 4735 sayılı Kanun'da bulunmamasını gerekçe göstererek, fesihe ilişkin hükümleri uygulamaktadır.

İdarenin, fesih hakkını kullanmasıyla sözleşme tasfiye sürecine girmektedir. Tasfiye süreci, idare ve yükleniciye birtakım yükümlülükler getirmekte ve bu yükümlülükler çerçevesinde sona erme işlemleri gerçekleşmektedir. Sözleşmenin yükleniciden kaynaklı sebeplerle sona ermesi halinde, zararın tazmini, iade, kesin teminatın gelir kaydedilmesi gibi sonuçlar ortaya çıkmakta iken kusurun yükleniciye isnat edilemediği hallerde hesabın tasfiye edilmesi ile birlikte süreç sonlanmaktadır.

Sürecin karmaşıklığı ve multidisipliner yapısı ile KİK, KİSK ve sair düzenlemelerde meydana gelen sürekli değişiklikler konunun tarafımızca incelenmesini gerekli kılmıştır. Zira doktrinde kamu ihale sözleşmeleri hakkında yapılan çalışmaların büyük çoğunluğu, konuyu yalnızca idare hukuku çerçevesinde ele almıştır. Halbuki idarenin özel hukuk sözleşmelerinden biri olan kamu ihale sözleşmelerinin temeli, borçlar hukukundaki sözleşme hükümlerine dayanmaktadır ve hüküm bulunmayan hallerde bu hükümler uygulanmaktadır. Bu durum dikkate alınmadan yapılan incelemeler ise konunun eksik değerlendirilmesine yol açmaktadır. Doktrinde konunun multidisipliner yapısı göz ardı edilmeden yapılan çalışmalar da mevcuttur ancak kahir ekseriyeti kanunun ilk çıktığı dönemde yapılmıştır. Bu da ilerleyen yıllarda kanunda ve diğer düzenlemelerde meydana gelen değişikliklerin, özel hukuk çerçevesinde değerlendirilmediğini göstermektedir. Ayrıca sözleşmenin tarafı olan yükleniciler, uygulamada genel olarak tacirlerdir. Bu da konuyu ticaret hukuku açısından önemli kılmaktadır. Zira tacir yüklenici kamu ihale sözleşmelerinin tasfiyesinden en çok etkilenen kişidir ve sözleşmenin sona erme hüküm ve sonuçları onun üzerinde doğmaktadır. Bu sebeple ticaret hayatın bir parçası olan ve taciri bu denli etkileyen sözleşmelerin, ticaret hukuku hükümleri dikkate alınmadan değerlendirilmesi, uygulamada çıkan sorunlara gerekli çözümleri sunmayacaktır. Tüm bu nedenler ışığında tarafımızca yapılan çalışma, literatürün zenginleşmesi, kavramların özel

hukuk çerçevesinde daha net anlaşılması, mevcut yasal düzenlemelerdeki eksikliklerin giderilmesi ve mevzuatın daha etkili hale gelmesi amacı taşımaktadır. Ayrıca çalışmamız, ihale sürecinde yer alan kamu kurum ve kuruluşları ile yüklenici sıfatına haiz kimseler için bir rehber niteliğindedir ve uygulamada karşılaşılan sorunların anlaşılmasına ve çözüm yollarının geliştirilmesine katkıda bulunmaktadır.

1. BÖLÜM

GENEL OLARAK KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ

1.1. İDARENİN SÖZLEŞMELERİ¹

1.1.1. Genel olarak

İdare, kamu hizmetlerini tek yanlı idari işlemler şeklinde yürütebileceği gibi iki yanlı hukuki işlemler şeklinde de tesis edebilmektedir.² İdarenin iki yanlı hukuki işlemleri diğer bir adıyla idarenin sözleşmeleri (contrats de l'administration)³, “*hukuki sonuç doğurmak amacıyla idare ve özel hukuk kişilerinin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıdır.*”⁴

İdarenin sözleşmeleri, “*idari sözleşmeler*” ve “*idarenin özel hukuk sözleşmeleri (contrats de droit privé de l'administration)*” olarak ikiye ayrılmaktadır.⁵ İdari sözleşmeler, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanarak yapmış olduğu ve idare hukuku ilkelerine tabi olan sözleşmelerdir. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri ise, idare ve özel hukuk kişinin eşit kabul edildiği ve borçlar hukuku hükümlerine göre hazırlanan sözleşmelerdir.⁶

¹ İdarenin sözleşmeleri hakkında detaylı bilgi için bkz.: Tekinsoy, Ayhan: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), s.: 181-227, 2006; Tan, Turgut: “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 50(3), s.:291-309, 1995; Özel, Kadir Can: “İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine bir Değerlendirme”, Ombudsman Akademik, 6(12), s.:181-220, 2020; Sezginer, Murat: “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeleri)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(1-2), s.:1589-1621, 2013; Çınar, Abdurrahim: “İdari Sözleşme Ölçütleri”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), s.:325-338, 2021.

² Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel: “İdare Hukuku Dersleri”, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 17. Baskı, Bursa 2015 s. 448-450; Kalabalık, Halil: “İdare Hukuku Dersleri”, C. II, Sayram Yayınları, 3. Baskı, Konya 2018, s. 148.

³ Dupuis, Georges/ Guédon, Jose: “Droit Administratif”, Armand Colin, Paris 1993, s.356 (Aktaran; Gözler/ Kaplan, s. 450).

⁴ Kalabalık, s. 147.

⁵ Dupuis/ Guédon, s. 359 (Aktaran; Gözler/ Kaplan, s. 450).

⁶ Gözler/Kaplan, s. 450-451; Kalabalık, s. 148; Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: “Türk İdare Hukuku”, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2020, s.466.

Sözleşmelerin tabi olduğu hukuk kurallarındaki farklılık, uyuşmazlıkların çözüm mercii de etkilemektedir. İdari sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklarda, çözüm mercii idari yargıdır.⁷ Bu kapsamda hangi sözleşmelerde idari yargıya başvurulacağına diğer bir ifadeyle hangi sözleşmelerin idari sözleşme olduğunun tespiti için bazı kriterler belirlenmiştir.

İdari sözleşmelerin kriterleri, “*teşrii kriter*” ve “*içtihadı kriter*” olarak ikiye ayrılmaktadır.⁸ Teşrii kriter, idari sözleşmenin doğrudan veya dolaylı olarak kanunla nitelendirilmesi olarak ifade edilmektedir. Kanun koyucu, madde metninde açıkça “idari sözleşme” ibaresini kullanarak sözleşmenin türünü belirleyebileceği gibi sözleşmeye idare hukuku kurallarının uygulanacağını veya sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklarda idari yargının görevli olacağını belirterek de bir nitelendirme yapabilmektedir.⁹

İçtihadı kriter ise kanunda belirtilmeyen ve sözleşmenin mahiyetine göre yapılacak değerlendirmeyi ifade etmektedir. Bu bağlamda “*sözleşmenin konusu, bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin ise*” veya “*sözleşme hükümleri, özel hukuk hükümlerini aşacak*” kapsamında ise idari sözleşmedir. Ayrıca “organik kriter (*critere organique*)¹⁰” e göre, “*sözleşmenin taraflarından en az birisinin bir kamu tüzel kişisi olması*” halinde idari sözleşmenin varlığından bahsedilmektedir.¹¹ Bu kriter, tanımı itibarıyla kamu tüzel kişisinin, taraf olduğu sözleşmelerin tamamını idari sözleşme kapsamında değerlendiriyor gibi gözükse de kastedilen husus bu değildir. Organik kriter, tarafların

⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi 1999/27 E, 2000/11 K, 12.06.2000 T. kararında; “*İdare, tıpkı özel hukuk kişileri gibi özel hukuk sözleşmeleri yapabildiği gibi; kamusal yetkisinin verdiği üstünlük ve ayrıcalıklara dayanarak, konusu, hüküm ve koşulları bakımından özel hukuk sözleşmelerinden farklı olan sözleşmeler de yapar ki, idare hukuku esaslarına tabi bulunan bu sözleşmeler "idari sözleşme" olarak adlandırılırlar. İdarenin, genel ehliyetini kullanarak sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliği gözetilerek gerçekleştirdiği sözleşmelerin tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olması ve dolayısıyla bunların yargısal denetiminin adli yargı yerlerinde yapılmasına karşılık; 2577 sayılı Yasanın idari dava türlerinin sayıldığı 2/1-c. maddesinde ifade edildiği üzere "genel hizmetlerden birinin yürütülmesi" amacıyla ve kamusal nitelikte üstün hak ve yetkilere dayanarak yaptığı idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde ise idari yargı yerleri görevli..."* (E.A.; <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>, E.T.; 04.01.2024).

⁸ Gözler/ Kaplan, s.450.

⁹ Gözler/ Kaplan, s.450-458; Kalabalık s.150-152.

¹⁰ Vedel, Georges/ Delvolvé, Pierre: “*Droit Administratif*”, 2. Cilt, Presses Universitaires de France, Paris 1992, s.375.

¹¹ Gözler/ Kaplan, s.452-458; Kalabalık, s.150-154.

tamamının özel hukuk kişisi olması halinde kural olarak bir idari sözleşmenin kurulamayacağını belirtmektedir.¹²

Yukarıda bahsedilen kriterleri karşılamayan idarenin sözleşmeleri ise idarenin özel hukuk sözleşmelerini oluşturmaktadır.

1.1.2. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, borçlar hukukuna tabi sözleşmelerdir. Gerek sözleşmenin kuruluşu ve ifası gerekse sözleşmenin sona ermesi halinde borçlar hukuku hükümleri uygulanacaktır. İdare, tarafı olduğu bu sözleşmelerde, sözleşmenin diğer tarafı ile eşit düzeydedir. Diğer bir ifadeyle kamu gücünün ayrıcalıklarından yararlanamamaktadır. Bu sözleşmelere ait ihtilaflarda çözüm merci adli yargıdır.¹³ Ancak idarenin özel hukuk sözleşmelerinin hazırlık aşaması başka bir deyişle sözleşmenin kurulmasından önceki süreç, birçok idari işlem barındırması nedeniyle idari niteliktedir. Bu nedenle de idarenin özel hukuk sözleşmelerinin sebep ve sonuçları, özel hukuka tabi iki kişinin taraf olduğu sözleşmelere göre bazı farklılıklar içermektedir.¹⁴

1.2. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ

1.2.1. Genel Olarak

Toplumun, birlikte ve devlet düzeni içerisinde yaşamını sürdürebilmesi için belli başlı kurallar mevcuttur. Devletin devamlılığı açısından toplumsal uzlaşmayı sağlayan bu

¹² İstisnalar için bkz.; Gözler/ Kaplan, s.452-453.

¹³ Buz, Vedat: "Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluş ve Geçerlilik Şartları", Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.50-51; Kalabalık, s. 147-148; Odyakmaz, Zehra: "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Cilt, Sayı:2, Ankara 1998, s.2-4.

¹⁴ Buz, s.51.

kurallar, modern devlet anlayışında kurumsallaşmayı da beraberinde getirmektedir. Kurumsallaşma ile birlikte birey-toplum-devlet bağlantısını sağlayan en önemli etkenlerden biri ise kamu düzenidir.

Kamu düzeni, klasik idare hukuku anlayışında “*kamu güvenliği*”, “*kamu huzuru*” ve “*kamu sağlığı*” unsurlarından oluşmaktadır.¹⁵ Zaman içerisinde kamu düzeni kavramının, özel hukukta yansımalarının görünmesi ve farklı bölümlerle ortak çalışma alanlarının oluşması sonucunda “*ekonomik kamu düzeni*”, “*sosyal kamu düzeni*” vb. modern kavramlar türemiştir.¹⁶

Ekonomik kamu düzeni (*l'ordre public économique*), 19. yy. sonlarında ortaya çıkmış olmakla birlikte “*girişim ve sözleşme hürriyetine getirilen kısıtlamalar*¹⁷” olarak tanımlanmaktadır.¹⁸ Bireyin malvarlığına dair özgürlüğünü sağlamanın yanı sıra toplumun ekonomik refahını da kapsayan ekonomik kamu düzeni, devlete de düzeni korumak için birtakım sorumluluklar yüklemektedir. Devletin ekonomik hayat içerisinde yapacağı düzenleme ve denetlemeler ise “*ekonomik kolluk (les polices de l'économie)*” üzerinden idame edilmektedir.¹⁹

Fransız hukuk sisteminde, ekonomik kamu düzeni; “*korumacı ekonomik kamu düzeni (l'ordre public économique de protection)*” ve “*yönlendirici ekonomik kamu düzeni (l'ordre public économique de direction)*” olarak ikiye ayrılmaktadır.²⁰ Korumacı ekonomik kamu düzeni; devletin, ekonomik ilişkiler içerisinde güçsüz tarafı korumasıdır.

¹⁵ Gözler/ Kaplan, s. 478.

¹⁶ Orer, Gürsel: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:6, s. 363-369, Ankara 2016, s. 363.

¹⁷ Okay, Özge: “İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 142.

¹⁸ Orer, s. 367.

¹⁹ Tan, Turgut: “Ekonomik Düzen ve Anayasa”, Uluslararası Anayasa Kurultayı, TBB Yayın No: 12, Ankara 2001 s.872.

²⁰ Okay, s. 143.

Özellikle tüketici hukukunda karşımıza çıkan bu anlayış ile devlet, sözleşmenin güçsüz tarafı olan tüketicinin haklarını muhafaza etmektedir.²¹

Yönlendirici ekonomik kamu düzeni ise devletin piyasaya müdahale etmesidir. Devletin ekonomiye müdahalesi diğer bir ifadeyle iktisadi regülasyonlar, bireyin ekonomik varlığını korumanın yanı sıra toplumun refah seviyesini yükseltmeyi ve serbest piyasayı canlandırmayı hedeflemektedir. Müdahalenin sınırları ve düzeyi devletten devlete farklılık göstermektedir.

Hukuk sistemimizde ekonomik kamu düzeni, Anayasa²² ve ilgili kanunlarla düzenlenmekte olup iktisadi düzen ve güveni temsil etmektedir. Bu düzen ve güvenin sağlanması ve sürdürülebilmesi ise kamu kaynaklarının doğru ve etkin kullanımından geçmektedir.

İdare, kamu kaynaklarını en verimli şekilde değerlendirilmek için kimi zaman dış kaynaklardan yararlanmakta ve bunun için ihaleye çıkmaktadır. Bu kapsamda kamu ihalelerindeki etkinliğin ve denetimin sağlanması, ekonomik kayıplar ve yolsuzlukların önüne geçilmesi amacıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu²³ çıkarılmıştır. Ayrıca ihale sonucunda idare ile yüklenici arasında imzalanacak olan sözleşmeye ilişkin usul ve esaslar için de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu²⁴ hazırlanmıştır. Böylece ihale süreci ve sonrası, kanuni güvence altına alınarak kamu zararının oluşmasının önüne geçilmek hedeflenmiştir.

Ekonomik kamu düzenindeki sözleşme özgürlüğüne örnek teşkil edecek Kamu İhale Sözleşmeleri (Bu tezde bundan sonra Sözleşme olarak bahsedilecektir.), Kamu İhale

²¹ Ozer, s. 367-368.

²² R.G., T.: 9/11/1982, Mükerrer S.: 17863.

²³ R.G., T.: 22/01/2002, S.: 24648.

²⁴ R.G., T.: 22/01/2002, S.: 24648.

Kanunu'nun, 4. maddesinde; “*Sözleşme: Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı ifade eder.*” hükmü ile tanımlamaktadır. İdarenin özel kişilerle yapmış olduğu bu sözleşmeler, kamu hizmetlerinin görülmesinin yanı sıra ekonomik kamu düzeninin gelişmesine katkı sağlamakta ve kamu kaynaklarını da korumaktadır.

1.2.2. Kamu İhale Sözleşmelerinin Tarihsel Gelişimi

İdare, mal ve hizmetlerin alımı ile yapım işlerinde kendi iç kaynaklarını kullanabileceği gibi diğer kaynaklardan da yararlanabilmektedir. Zira iç kaynaklar, idarenin hizmet alanı ve kapsamındaki genişlik nedeniyle kimi zaman yeterli olmamakta kimi zamanda dış kaynak kullanımı, iç kaynak kullanımından daha avantajlı hale gelmektedir. Hal böyleyken idarenin dış kaynak kullanımının yaygınlaşması, kanuni bir düzenlemeye duyulan ihtiyacı da beraberinde getirmiştir. Hukuk sistemimiz, bu ihtiyaca ancak yakın bir tarihte cevap vermiş olmasına karşın kamu ihale hukukunun kökeni oldukça eskiye dayanmaktadır.

Klasik Yunan, yapıların bir güç göstergesi olduğu düşüncesi ile yapının üretim ve organizasyon aşamasına büyük önem vermiştir. Başta şehir sur duvarları olmak üzere tapınak, tiyatro, hipostil gibi birçok büyük yapı inşa etmiştir. Bu denli büyük yapıların inşası yalnızca devlet eliyle veya tek bir yüklenici ile mümkün olmadığından devlet birden fazla yüklenici ile yapım sözleşmesi imzalamıştır.²⁵

Klasik Yunan'da yapım süreci, kamunun istek ve ihtiyaçları doğrultusunda halk meclisinin yapım kararını senatoya sunması ile başlamaktadır. Senato kararı onayladıktan sonra projenin hazırlanması ve sürecin işleyişi için bir yapı komisyonu kurmaktadır. Her

²⁵ Osthuës, Wilhelm: “Bauwissen im Antiken Griechenland und Rom.”, Pro Business Digital Printing, GmbH, 2014, s.150. (Aktaran; Yılmaz, İbrahim: “Klasik Yunan ile Roma Dönemlerinde Yapım Süreçleri ve Yönetimi; Bir İnceleme Çalışması”, Turkish Studies, 15(5), s. 2653-2675, İstanbul 2020, s.5).

iş için ayrı bir komisyon kurulmakta ve komisyon kendi içerisinde süreci yönetmektedir.²⁶ Bu çerçevede yapı komisyonu, günümüzdeki satın alma ve ihale komisyonu ile benzerlikler göstermekle birlikte daha geniş yetki ve görevlere sahiptir.

Yapı komisyonu öncelikle ihtiyaç duyulan yapının projesini düzenlemekte ve bedelini belirlemektedir. Ardından teknik şartnameyi hazırlayarak ihaleye çıkmaktadır. İhale sürecinin yürütülmesi ve denetlenmesi yine yapı komisyonunca yapılmakta olup ihale sonrasında şartnameye uygunluk denetimini de kapsamaktadır. Ayrıca yüklenicilerle çıkan uyuşmazlıkların çözümünde de görev yapmaktadır.²⁷

Benzer durum Roma Cumhuriyet Dönemi'nde de görülmektedir. Senatonun almış olduğu yapı kararı sonrasında senatoya bağlı olarak çalışan yapım konseyleri; yapı projesini, teknik şartnameyi (*lex censoria*) ve ihale sürecini hazırlamaktadır. İhale süreci günümüz sistemine benzer şekilde saydamlık, rekabet, eşit muamele vb. ilkeler çerçevesinde düzenlenmektedir.²⁸

Roma İmparatorluk döneminde ise senato yerine imparator, yapı kararını almakta ve imparatorluğa bağlı yapım konseyi süreci yürütmektedir. Günümüz ihale hukukunun temeli olarak görülen "*licitatio*²⁹" usulü ile süreci yöneten yapım konseyi, ihaleyi, en kısa sürede kaliteli ve ucuza yapacak yüklenici üstünde bırakmaktadır.³⁰

²⁶ Bingöl, Orhan: "Arkeolojik Mimaride Taş", Magnesia Kazıları Arkeoloji, Kültür, Sanat Dizisi; 1, Homer Kitapevi Yayınları, İstanbul 2004, s.130-135.

²⁷ Yılmaz, s.7.

²⁸ Yılmaz, s.13-14.

²⁹ Klinger, Mathias: "Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers", Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2005s.56; Regler, Rainer: "Das Vergaberecht Zwischen Öffentlichem und Privatem Recht", Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2007, s.28-29.

³⁰ Yılmaz, s.14-17.

Licitatio usulü, ilk çıktığı dönemde açık eksiltme yöntemine göre ihale düzenlenmekteydi.³¹ Bu kapsamda herkesin katılabileceği bir toplantıda teknik şartnamede belirtilen esaslara uygun olarak sırayla ve *sözlü* olarak teklifler sunulmaktaydı. Teklifler her seferinde bir önceki tekliften daha az bir tutarın söylenmesi ile devam etmekte ve iş, en ucuz teklifi yapana verilmekteydi.³²

Licitatio usulü, 19. yy. başlarına kadar Avrupa’da kullanılmıştır. Ancak licitatio usulünde, teklifler sözlü verildiği için yüklenicinin toplantıda bulunma zorunluluğunun olması ve en ucuz teklifi yapan yüklenicinin zaman içerisinde maliyeti denkleştirememesinden ötürü işlerdeki kalitenin düşmesi gibi problemler ortaya çıkmıştır. Bu problemlerin giderilmesi ve modern zamanın ihtiyaçlarının karşılanması için 19. yy. ortalarında “*İhale (submission/submittere)*”³³ usulü geliştirilmiştir.³⁴ İhale usulü, licitatio usulünden farklı olarak yazılı teklif sistemini getirmiş ve “*ekonomik açıdan en avantajlı teklifin*” seçilmesi için modeller geliştirmiştir.³⁵

Osmanlı döneminde ise ihaleler, mukataa sisteminde karşımıza çıkmaktadır. Mukataa sistemi, devlet arazisinin “*müzayede usulü*” ile özel kişilere tahsis edilmesidir. Sözlük anlamı “*artmak, çoğalmak*” olan bu usulde devlet, en yüksek teklifi veren mültezime, bir ila üç yıl için vergi hakkını devretmekte sürenin sonunda ise tekrar ihaleye çıkmaktaydı.³⁶ Osmanlı’nın son dönemlerinde ise kamu alımlarındaki düzeni tesis etmek amacıyla ihaleye ilişkin ilk özel yasal düzenleme olan 1857 tarihli Nizamname çıkarılmıştır.³⁷

³¹ Yılmaz, s. 13.

³² Buz, s.36-37; Yılmaz, s.13; Klinger, s.57.

³³ Adam, Jürgen: “Öffentliche Auftragsvergabe und culpa in contrahendo”, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2005, s. 20.

³⁴ Buz, s.36-37.

³⁵ Sayın, Barış/ Karakaş, Ahmet Sertaç: “Ekonomik Açıdan En Avantajlı Teklifin Belirlenmesinde 2004/18/EC AB Kamu İhale Direktifi ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Karşılaştırılması”, Cilt:7, Sayı:1, s.334-340, İstanbul 2012s.335-336.; Buz, s.37.

³⁶İnalcık, Halil: “Devlet-i Aliyye: Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar”, İş bankası Kültür Yayınları, 2009, s. 249-253; Pamuk, Şevket: “Osmanlı-Türkiye İktisadi Tarihi”, İletişim Yayınları, 2005, s.135; Genç, Mehmet: “Osmanlı İmparatorluğunda Devlet ve Ekonomi” C.: I-II, BKM Kitap, 2023, s.97.

³⁷ GÖÇERLER, Ahmet: “22.01.2002 T. ve 24648 sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler”, İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığının 02.04.2002 gün ve 709-1-8/1863-9 sayılı görev emri gereğince hazırlanan İnceleme Raporu, Ankara 2002 (Aktaran: Akdoğan, s. 690).

Nizamname getirdiği sınırlı sayıda hükümlerle idarenin satın alma ve ihale sürecini düzenlemeye çalışmıştır.

10 Muharrem 1330 (1914) tarihli ek Nizamname, 1857 tarihli Nizamname'den farklı olarak ihaleye çıkılmama hallerine ilişkin düzenlemeler getirmiştir.³⁸ Özellikle devletin içinde bulunduğu durum sebebiyle, bazı satın alma ve yapım işlerinde ihale süreci es geçilerek kısa sürede kamu alımlarının yapılması hedeflenmiştir. Bakanların iznine tabi bu süreç, günümüzdeki müteferrik alımlara benzemektedir.

1. Dünya Savaşı'ndan sonra çıkarılan bir diğer ek Nizamname ile de bazı askeri alımlar, Maliye Nezareti'ne bağlı Tevhid-i Mübayaat Komisyonu tarafından yürütülmüştür.³⁹

Türkiye Cumhuriyeti'nde ise ihale ile ilgili ilk yasal düzenleme, 22.04.1925 tarih ve 661 sayılı "Müzayede, Münakasa ve İthalat Kanunu"⁴⁰ dur. Kanun, idarenin yapacağı tüm alım-satım, yapı, kira vb. işlemlerini kapsayacak bir niteliğe sahip olmanın yanı sıra bu işlemler için uygulanacak ihale usullerini de düzenlemektedir. Ayrıca ihale türlerinin usul ve şartları da açıkça belirtilmektedir. Cumhuriyetin ilerleyen yıllarında, dönemin şartlarına uyum sağlaması ve eksikliklerin giderilmesi amacıyla 1934 yılında, 2490 sayılı "Arttırma, Eksilme ve İhale Kanunu"⁴¹ çıkarılmıştır. 2490 sayılı Kanun, süreç içerisinde birtakım değişikliklere uğramasına karşın 1980'li yıllara kadar yürürlükte kalmıştır. 50 yılı aşkın bir sürenin sonunda kökten değişime olan ihtiyaç ile 2886 sayılı "Devlet İhale Kanunu"⁴² (DİK) çıkarılmış ve "*alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri aynı hak tesisi ve taşıma işleri*"⁴³ kapsam altına alınmıştır.

³⁸ Akdoğan, Muzaffer: "Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi", Journal of İstanbul University Law Faculty, Cilt: 72, Sayı: 2, s. 683-701, İstanbul 2014, s.690.

³⁹ Akdoğan, s.690.

⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz.; E.A.: <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR>, E.T.: 12.01.2024.

⁴¹ R.G., T.: 10.06.1934, S.: 2723.

⁴² R.G., T.: 10.09.1983, S.: 18161.

⁴³ 2886 sayılı Kanun m.1.

Ancak 2886 sayılı Kanun birçok alanı düzenlemesine karşın istenilen etkiyi yaratamamıştır. Özellikle mal ve hizmet alımlarındaki eksiklikler uygulamada sıklıkla sorunlara yol açmıştır.⁴⁴ Bu nedenle 2886 sayılı Kanun'daki eksikliklerin giderilmesi ve Avrupa Birliği ile uyum sürecinin hızlandırılması amacıyla 20 yılın ardından yeni bir kanuni düzenlemeye gidilmiştir.⁴⁵ 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) ve 05.01.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK), süreç içerisinde bazı değişikliklere uğramış olmakla birlikte günümüzde hala yürürlüktedir.

1.2.3. Sözleşmenin Amacı ve Kapsamı

Sözleşmenin amacı KİSK 1. maddesinde; *“Bu Kanunun amacı, Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu husus ayrıca KİSK’in Genel Gereğesinde⁴⁶, *“uluslararası mevzuat gereği ihaleden sonraki sürecin 4734 sayılı Kanuna alınamamış olması ve bu konuyla ilgili olarak düzenlenen sözleşmelerle ilgili oluşan boşluğun bir kanuni düzenleme ile doldurulması ihtiyacının ortaya çıkması”* olarak belirtilmiştir.

Sözleşmeye ilişkin esas ve usulleri, tek bir kanuni düzenlemenin altında birleştirmenin yanı sıra uluslararası mevzuatla paralelliği de sağlamaya çalışan KİSK, 4734 sayılı Kanun’a tabi kurum ve kuruluşlarca düzenlenmiş, kanuna uygun bir ihale sonucunda idare ile yüklenici arasında yapılacak sözleşmeleri kapsamaktadır.⁴⁷ Bu bağlamda kanun kapsamına giren idareler ile mal, hizmet ve yapım işlerinin içeriği yine kanunla düzenlenerek sözleşmenin şumulünün sınırları çizilmiştir.

⁴⁴ Akdoğan, s. 691-692.

⁴⁵ Kanun’un genel gereğesi.

⁴⁶ Başbakanlık Kanunlar ve Kararları Genel Müdürlüğü, 20.11.2001 Tarih, B.02.0.KKG.0.10/101-382/5382 Sayılı *“Kamu İhale Sözleşmeleri Kanuni Tasarısı”* gereğesi.

⁴⁷ 4735 sayılı Kanun’un 2. Maddesine göre; *“Bu Kanun, Kamu İhale Kanunu’na tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsar.”*

4734 sayılı Kanun kapsamına giren idareler;

- “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;”
- “Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri;”
- “Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (meslekî kuruluşlar ve vakıf yüksek öğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar;”
- Ayrıca bu idarelerle “doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler;”
- “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” dir.⁴⁸

Bu idareler ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmelerin konuları⁴⁹;

- Mal: “Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları”;
- Hizmet: “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 hizmetlerini”;
- Yapım: “Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve

⁴⁸ 4734 sayılı Kanun m.2.

⁴⁹ 4734 sayılı Kanun m.4.

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” şeklinde tanımlanmaktadır.

Dolayısıyla KİK ve KİSK, 2886 sayılı Kanun’dan daha dar bir uygulama alanı bulmaktadır.⁵⁰ Bu sebeple de KİK kapsamında yer alan işler haricindeki işler için 2886 sayılı Kanun geçerliliğini korumaktadır.⁵¹ Ayrıca 4734 sayılı Kanun’da sayılmayan idareler açısından da 2886 sayılı Kanun geçerli olacaktır.

Yargı kararlarında ise bu ayrım; idareye kazanç sağlama maksadıyla yapılan ihaleler açısından 2886 sayılı Kanun’un uygulaması gerektiği, kamu gideri niteliğindeki işlere yönelik ihaleler için ise KİK’in uygulanması gerektiği şeklinde belirlenmiştir.⁵²

1.2.4. Sözleşmenin Tarafları

1.2.4.1. İdare

İdare kavramı en geniş tabiriyle, “*bir amaca yönelik var olan teşkilatlanma yapısını*” ifade etmektedir.⁵³ Başka bir deyişle devletin devamlılığını sağlamak için işleri yürüten organ veya yapı olarak da ifade edilmektedir.⁵⁴ Sözleşmeler açısından ise idare, ihaleye

⁵⁰ Ayrıca bkz.; Buz, s. 67.

⁵¹ Bu durum 4734 sayılı Kanun m.68/a’da; “*Bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanmaz.*” düzenlenmiştir.

⁵² Güçlü, Ali Osman/ Şimşek, Abdullah: “Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, Barış Yayın Dağıtım, Ankara 2004, s.1.

⁵³ Gözübüyük, A. Şerif: “Yönetim Hukuku”, Turhan Yayınları, 34. Baskı, 2016, s.1.

⁵⁴ Atay, Ender Ethem: “İdare Hukukuma İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:1, s.503-528, 2007, s.504.

çıkan ve ihale sürecini yönettikten sonra yüklenici ile sözleşmeyi imzalayan kurum ve kuruluşları ifade etmektedir. Bu bağlamda KİK m.2’de bahsi geçen kamu kurum ve kuruluşları sözleşmenin idare tarafını oluşturmaktadır.

1.2.4.2. Yüklenici

KİK kapsamında, idarenin karşı tarafında bulunan tarafın sıfatı, sürece göre farklılık göstermektedir. İhale süreci henüz başlamamışken ön yeterlilik safhasındaki taraf “aday” olarak nitelendirilmektedir.

Değerlendirme aşamasına geçildikten sonra ihaleye katılan ve teklifte bulunma ehliyeti olan kimselere, ihale süresi boyunca “istekli” denilmektedir. İstekli, mal alımları için tedarikçiyi; hizmet alımları için hizmet sunucusunu; yapım işleri için ise yapım müteahhidini ifade etmektedir.

İhale süreci tamamlandıktan sonra sözleşmeyi imzalayarak, idarenin karşısında, sözleşmenin tarafı olan kimseye, “Yüklenici” sıfatı verilmektedir.⁵⁵ Yüklenicinin, sözleşmenin tarafı olabilmesi için öncelikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)⁵⁶ çerçevesinde hak ve fiil ehliyetine diğer bir ifadeyle sözleşme ehliyetine sahip olması gerekmektedir.⁵⁷ Yüklenicinin sözleşme ehliyeti, sözleşmenin geçerlilik şartlarından biri olması sebebiyle bu ehliyetin yokluğu halinde, sözleşme batıl olacaktır.⁵⁸

Bununla birlikte yüklenici KİK kapsamında belirtilen unsurları da sağlamakla mükelleftir. KİK m.10, yüklenicinin “*ekonomik, mali, mesleki ve teknik yeterliliğine*”

⁵⁵ 4734 sayılı Kanun m.4.

⁵⁶ R.G., T.: 08.12.2001, S.: 24607.

⁵⁷ Hak ve fiil ehliyetine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: DURAL, Mustafa: “Türk Özel Hukuku Cilt 1: Temel Kavramlar ve Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri”, Filiz Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul 2023.

⁵⁸ Eren, Fikret: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara 2016, s.243.

ilişkin belirli şartlar öngörmektedir. Bu şartların varlığının ispatı için istenen belgeler ise sözleşmenin mahiyetine göre değişiklik göstermektedir.⁵⁹

KİK m.11, ihaleye katılamayacak olanları düzenlemekle birlikte mevcut yargı kararı ile ihaleden yasaklı olanlar bu husus kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte terör ve rüşvet suçlarından hüküm giyenler ile hileli iflas edenler de ihaleye katılamayacak kimseler arasında sayılmaktadır. Ayrıca ihale sürecinde görev alanlar ile bu kişilerin kanunda belirtilen derecede kan ve kayım hısımları, ortakları ve bu kişilere ait şirketler de ihale sürecine katılamamaktadır. Ancak ihalede görevli kişi, ihaleye katılacak anonim şirketin yönetim kurulunda değilse veya anonim şirkete ait sermayenin %10'undan az bir kısmına sahip ise anonim şirket, ihaleye katılabilmektedir.⁶⁰

Bununla birlikte yüklenici ihale süresince ve sonrasında bazı fiil ve davranışları yapamamaktadır. KİK ve KİSK'de düzenlenen bu haller sonucunda yüklenici ya sözleşmeyi imzalamaktan men edilmekte ya da sözleşme sona ermektedir.⁶¹

1.2.4.2.1. Ortak Girişim (Joint Venture)

Kimi zaman ihale konusu, tek bir gerçek veya tüzel kişinin gerçekleştirebileceğinin çok üzerinde ekonomik ve teknik birikime ihtiyaç duymaktadır. Bu gibi durumlarda birden fazla gerçek veya tüzel kişi, beraber ihaleye katılabilmektedir.⁶² Literatürde Joint Venture veya Türkçeleşmiş adıyla ortak girişim⁶³ olarak geçen bu anlaşma, iş ortaklığı veya konsorsiyumu ifade etmektedir.⁶⁴ Doktrinde ortak girişimin farklı sınıflandırmaları

⁵⁹ Bilir, Dilek: “Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s. 30.

⁶⁰ 4734 sayılı Kanun m.11.

⁶¹ Bu husus ileride detaylı bir şekilde anlatılacaktır.

⁶² Barlas, Nami: “Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri”, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 261.

⁶³ Yargıtay’ın eski kararlarında “müşterek iş ortaklığı” olarak çevrilen Joint Venture, Yargıtay HGK, T.: 08.10.2003, E.: 2003/12- 574, K.: 2003/564 sayılı içtihadı ile “ortak girişim” olarak nitelendirilmiştir.

⁶⁴ 4734 sayılı Kanun m.4.

mevcuttur. Ancak çalışmamızda, hukuki değer taşımaya göre; “*sermayeye dayalı ortak girişim (equity joint venture)*” ve “*sözleşmeye (contractual joint venture) dayalı ortak girişim*” olarak bir sınıflandırma yapılmaktadır.⁶⁵

1.2.4.2.1.1. Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişim

Sözleşmeye dayalı ortak girişim, tarafların bir araya gelerek adi ortaklık ilişkisi kurduğu geleneksel sistemi ifade etmektedir.⁶⁶ Bu kapsamda sözleşmeye dayalı ortak girişim ile ihaleye katılan yükleniciler arasında adi ortaklık ilişkisi bulunmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)⁶⁷ m. 620’de düzenlenen adi ortaklığın unsurları, yükleniciler arasında kurulan bu anlaşmada da bulunmalıdır.

Bu bağlamda kişi unsuru kapsamında, ortak girişim ile ihaleye katılan yükleniciler açısından birden fazla kişinin varlığı aranacaktır. Bununla birlikte yüklenicilerin ortak girişime katılabilmeleri için kural olarak⁶⁸ tam ehliyetli olmaları şartı aranacaktır (TMK m. 15).⁶⁹

Bu girişimler, iş ortaklığı ve konsorsiyum olarak kurulabilmektedir. İş ortaklığında, yükleniciler işin tamamından sorumlu oldukları diğer bir ifadeyle işin bütününe ilişkin bir taahhüt verdikleri için her biri, ihale sürecindeki her bir işlemde ve imzalanan Sözleşmedeki maddelerden sınırsız, müteselsil ve birinci derecede sorumlu olacaktır (TBK m.638). KİK m.14’e göre ise konsorsiyum da yüklenici, yalnızca kendi uzmanlık alanına ilişkin bir taahhüt içerisinde olduğu için adi ortaklığa ilişkin müteselsil

⁶⁵ Dayınlarlı, Kemal: “Joint Venture Sözleşmesi”, Dayınlarlı Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1999, s.227; Tekinalp, Gülören/ Tekinalp, Ünal: “Joint Venture”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a Armağan, s.:143-176, Ankara 1989, s. 156; Barlas, s. 269-270.

⁶⁶ Dayınlarlı, s. 226; Tekinalp/Tekinalp, s. 156; Barlas, s. 268.

⁶⁷ R.G., T.: 04.02.2011, S.:27836.

⁶⁸ İstisnalar için bkz.: TMK m.463/b.

⁶⁹ Şener, Oruç Hami: “Ortaklıklar Hukuku”, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2017, s.1-2.

sorumluluk ilkesine tabi olmayacaktır. Ancak KİSK m. 18'e eklenen yeni hükümler ile konsorsiyumların da müteselsil sorumlu olacağı belirtilmiştir.⁷⁰

Bu noktada konsorsiyumların adi ortaklık hükümleri çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda tartışmalar mevcut olmakla birlikte doktrindeki genel kabul konsorsiyumun da adi ortaklık olduğu yönündedir.⁷¹ Zira ortak girişimlerin tamamının temeline adi ortaklığı alması ve adi ortaklığın unsurlarının emredici nitelikte olmaması sebebiyle konsorsiyumun adi ortaklık kapsamında değerlendirilmesi kanaatimizce de uygun olacaktır.

Ortak girişimin sermaye unsurunda ise yüklenicilerden her biri ihale konusuna ilişkin ve TBK m. 621/1 ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁷² (TTK) m. 127'de sermaye olarak getirilecek değerlerin dışına çıkmayacak şekilde ortaklığa sermaye getirmekle mükelleftir. Sermaye koyma borcu yüklenicilerin ortak girişim sözleşmesini akdetmesiyle muaccel olmaktadır.⁷³ Yüklenicinin bu borcu ödememesi halinde kanun koyucu bazı düzenlemeler getirmiş olmakla birlikte bu konudaki en önemli yaptırım, haklı sebeple fesih davasıdır.⁷⁴

Ortak girişime ait bir diğer unsur sözleşme unsurudur. Yüklenicilerin karşılıklı rızası ile müşterek bir amaca ulaşmak için imzaladıkları sözleşme, KİK m.14 uyarınca yazılı ve noter tasdikli olmak zorundadır. Aksi halde ihale kazanılsa bile ortak girişim ile sözleşme imzalanamayacaktır.

⁷⁰ KİK 028.1/Y No'lu Konsorsiyum Beyannamesi standart formunda da bu durum; *"her birimizin aktolunacak sözleşmenin konusuna ve kapsamına girecek işlerin ve taahhütlerin ve sözleşmeden doğup da ortaklığımıza yönelecek yükümlülüklerin yerine getirilmesinden müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağımızı..."* şeklinde belirtilmiştir. Benzer durum Yargıtay kararlarında da düzenlenmektedir. Yargıtay (Kapatılan) 15. HD. 2012/2613 E., 2012/4846 K.

⁷¹ Kaplan, İbrahim: "İnşaat Sektöründeki Müşterek İş Ortaklığı- Joint Venture", 3. Baskı, Ankara 2013s.37; Tekinalp/Tekinalp, s.163; Barlas, s.257.

⁷² R.G., T.: 14.02.2011, S.: 27846.

⁷³ Şener, s. 27- 40.

⁷⁴ Ortaklığın sona ermesine sebep olacak haklı fesih davası ileri de detaylı bir şekilde anlatılacaktır.

Müşterek amaç unsuru ise ortak girişim olarak katılan ihaleyi kazanmak ve ihale sonucunda imzalanan sözleşmenin hükümlerini yerine getirmek suretiyle kazanç paylaşmaktır.⁷⁵

Adi ortaklığın unsurlarından bir diğeri olan affectio societatis yani ortakların eşit düzeyde ve birlikte ortaklığın amacını gerçekleştirmeye yönelik faaliyetlere katılma zorunluluğudur ve ortak girişimin yalnızca iş ortaklığı şeklinde görülmektedir.⁷⁶ İş ortaklığında yükleniciler, ihale konusu işin bütününden sorumludurlar. Diğer bir ifadeyle müşterek amacın gerçekleşmesi için tüm faaliyete ilişkin çalışmaktadırlar. Konsorsiyum da ise yükleniciler, ortak amacın gerçekleşmesi için sözleşmede kendilerine yüklenen ve uzmanlık alanları olan konu için çaba sarf etmektedirler. Bundan dolayı konsorsiyumda affectio societatis unsuru bulunmamakta müşterek amaç koordinatör ortak aracılığıyla sağlanmaktadır (KİK m.14).

1.2.4.2.1.2. Sermayeye Dayalı Ortak Girişim

Sürekli ve kalıcı bir ortaklık istemi nedeniyle tercih edilen sermayeye dayalı ortak girişim diğer bir ifadeyle katılımlı ortak girişim birbirine sıkı sıkıya bağlı iki sözleşmeden oluşmaktadır.⁷⁷ İlk sözleşme, ihaleye katılmak isteyen taraflar arasında yukarıda da bahsi geçen geleneksel anlamdaki ortak girişim sözleşmesi olarak hazırlanmaktadır. Adi ortaklık türündeki bu sözleşme, tarafların iç ilişkisini düzenlemektedir.⁷⁸

İkinci sözleşme ise bir ortaklık kurma veya var olan ortaklığa katılma amacıyla hazırlanmaktadır. Kurulan veya mevcut olan bu ortaklık, ihaleyi kazanmada aracı olarak

⁷⁵ Şener, s. 7.

⁷⁶ Şener, s. 8-9.

⁷⁷ Öztürk, Pınar: "Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture'ların Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 495; Barlas, s.272-273; Tekinalp/ Tekinalp, s.166.

⁷⁸ Barlas, s.272; Tekinalp/ Tekinalp, s. 166.

görülmektedir.⁷⁹ Bu kapsamda ortaklık, yükleniciyi üçüncü kişilere karşı temsil etmek ve müşterek amacı gerçekleştirmek için faaliyette bulunmaktadır.⁸⁰

Kurulacak olan veya mevcut olan bu ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olması şart değildir.⁸¹ Bununla birlikte anonim ve limited ortaklık, ortakların sınırlı sorumlu olması sebebiyle uygulamada sıkça tercih edilmektedir.⁸²

1.2.4.2.2. Alt Yüklenici

Uygulamada özellikle yapım işleri sözleşmelerinde çalıştırılan alt yüklenici, TBK m.471 kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre yüklenici, özel uzmanlık getirmeyen işler için alt yüklenicilerden işin görülmesini talep edebilmektedir. Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİĞŞ) m.4'te de benzer şekilde tanımlanan alt yüklenici, yükleniciye bağlı çalışan yardımcıdan ayrı bir müesseseyi temsil etmektedir. Zira alt yüklenici ile yüklenici arasında eser sözleşmesi mevcut iken bağlı çalışanla yüklenici arasında hizmet akdi bulunmaktadır.⁸³ Yüklenici ortakları, eğer idare ile yapılan sözleşmenin tarafı değilse alt yüklenici olarak çalışabilmektedir.⁸⁴

⁷⁹ Barlas, s. 275; Tekinalp/ Tekinalp, s. 167.

⁸⁰ Barlas, s. 275-276; Altay, Sıtkı: "Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler", 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 105.

⁸¹ Tekinalp/ Tekinalp, s. 166. Aksi görüş için bkz.: Şahin, Turan: "Konsorsiyum Sözleşmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 92, s.: 451-483, 2011, s. 461. (E.A.: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-683>, E.T.: 10.02.2024)

⁸² Kollektif, komandit, kooperatif ortaklık şeklinde örnekler de mevcuttur.

⁸³ Gök, Yaşar: "Yapım Sözleşmeleri Uygulama Esasları", Kim Akademi, 2. Baskı, Ankara 2013, s.49-50.

⁸⁴ Kamu İhale Kurulu Kararı, Karar T.: 29.07.2020, Karar No.: 2020/DK.D-240; "Yüklenicinin ortaklarının alt yüklenici olarak çalıştırılıp çalıştırılmayacağına ilişkin olarak; Yüklenicinin ortağı olduğu şirket/şirketlerin, yüklenici ile idare arasında yapılan asıl sözleşmenin tarafı olmadığı ve idareye karşı asıl sözleşmeden dolayı herhangi bir borcu bulunmadığı hususları dikkate alındığında bahse konu şirket/şirketlerin sözleşme konusu işin nevi itibarıyla bir kısmını yüklenici ile yaptığı sözleşmeye dayalı olarak alt yüklenici olarak gerçekleştirmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığına..." (E.A.: <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, E.T.: 01.02.2024).

KİK m. 15'e göre yüklenici, alt yüklenici çalıştıracağını idareye bildirmekle mükelleftir. Bununla birlikte alt yüklenicinin bulunması asıl yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır (YİGŞ m.20/8). Yüklenici, alt yüklenicinin kusurundan dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde feshin hüküm ve sonuçlarına katlanacaktır.

Asıl yüklenici, alt yüklenici ile imzalamış olduğu eser sözleşmesini kendi ad ve hesabına yapmış olmakla birlikte idare, alt yüklenicinin sözleşme ve şartnamelere aykırı hareket ettiği iddiası ile her zaman değiştirilmesini talep edebilmektedir.⁸⁵

1.2.5. Tarafların Yükümlülükleri

Kamu ihale sözleşmeleri, TBK çerçevesinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu kapsamda yüklenici ile idarenin edimleri karşılıklıdır. Diğer bir ifadeyle hem yüklenici hem idare birbirlerine karşı asli bir yükümlülük altına girmektedir.⁸⁶

1.2.5.1. Yüklenicinin Yükümlülükleri

Sözleşme kapsamında yüklenicinin asli yükümlülüklerinin yanında yan yükümlülükleri de bulunmaktadır. Yüklenici, sözleşmeyi imzalayarak borç altına girdikten sonra bu borçlar konusunda, KİK ve konuya ilişkin şartname hükümleri geçerli olacaktır. Hüküm bulunmayan hallerde ise genel kanun olan TBK uygulanacaktır.

1.2.5.1.1. Sadakat Yükümlülüğü

⁸⁵ Gök, s. 798; Bilir, s. 34-35.

⁸⁶ Eren, s. 211.

Sadakat yükümlülüğü asıl itibariyle dürüstlük kuralının sözleşmedeki yansımasıdır. Geniş yorumlanması gereken sadakat yükümlülüğü, tarafların karşılıklı güven ilişkisi içerisinde bu ilişkiyi zedeleyecek davranışlardan kaçınması olarak da yorumlanmaktadır. Bu kapsamda yüklenici, idarenin zararına olan iş ve davranışları yapmaktan imtina etmeli, aralarındaki güven ilişkisinin bozulmasına müsaade etmemelidir.⁸⁷

Yüklenicinin, sözleşme kurulmadan önce ihale sürecinde mali ve teknik konulara ilişkin doğru bilgiler vermesi ile sözleşme sona erdikten sonra sır saklamaya devam etmesi de sadakat yükümlülüğünün bir parçasıdır.⁸⁸ Ayrıca KİK ve KİSK’de bahsi geçen yasaklı fiil ve davranışlarda bulunmamak da sadakat yükümlülüğünün bir unsurudur. KİSK m.20 gereği yüklenicinin, sadakat yükümlülüğüne aykırı fiil ve davranışlarda bulunması halinde idare haklı nedene dayalı fesih ile Sözleşmeyi sona erdirebilmektedir.⁸⁹

1.2.5.1.2. İş Özenle Yapma Yükümlülüğü

Sadakat yükümlülüğünün bir sonucu olarak karşımıza çıkan işi özenle yapma yükümlülüğü, yüklenicinin sözleşme konusu işle ilgili gerekli özeni ve dikkati göstermesi olarak ifade edilmektedir.⁹⁰

Yüklenicinin tacir olması halinde, TTK’da düzenlenen basiretli iş adamı olma yükümlülüğü de bu kapsamda değerlendirilecektir. Buna göre tacir yüklenici, tüm ticari faaliyetlerinde objektif özen yükümlülüğü içerisinde hareket edecek, kanunun ve

⁸⁷ Arapgirli, Murat: “Yapım İşleri Sözleşme Uygulamaları”, Düzey Kitap, İstanbul 2016, s. 19. Ergezen, Murat: “İstisnai Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı” Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 41.

⁸⁸ Gök, s. 38.

⁸⁹ Haklı fesih ileride detaylıca anlatılacaktır.

⁹⁰ Arapgirli, s.19; Gök, s. 38-39. Ergezen, s. 42-43. Yargıtay’ın da benzer yönde kararları mevcuttur. Yargıtay 15. HD., E. 2019/2734, K. 2019/3887.

mevzuatın gereklerini yerine getirecektir.⁹¹ Yargıtay'a göre basiretli iş adamı, günümüz ve geleceğin koşullarını iyi değerlendirerek işlemlerini bu şartlar doğrultusunda yapan kimsedir. Bu kapsamda tacir yüklenici, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirirken koşulları iyi okumalı hem idarenin yararını hem de kendi yararını gözetecek fiil ve davranışlar sergilemelidir.

Mal ve hizmet alım sözleşmelerine ilişkin işi özenle yapma yükümlülüğü, Hizmet İşleri Genel Şartnamesi (HİGŞ) m.6, hükmü ile somutlaştırılmaktadır.

Yapım işleri sözleşmeleri için de TBK m.471 ve YİGŞ m.14/3, yüklenicinin üstlendiği borcu, fen kurallarına uygun şekilde ve özen içerisinde gerçekleştirmesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁹² Buna ek olarak TBK m. 472, yapım işleri sözleşmelerinin özen borcunun özel halini düzenlemektedir.⁹³ Bu halde yüklenici, eğer malzeme idare tarafından tedarik edilmişse onu özenle kullanmak zorundadır. Bununla birlikte malzemede veya yapılacak işte bir ayıp varsa veya işin zamanında teslimini engelleyecek bir durum söz konusu ise yüklenici bunu idareye bildirmekle mükelleftir.⁹⁴

1.2.5.1.3. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Yükümlülüğü

Yüklenici, işe ihalede veya sözleşmede öngörülen tarihte başlamak ve belirlenen programa uygun şekilde devam etmekle yükümlüdür.⁹⁵ Yüklenici, sözleşmede belirtilen tarihte işe başlamazsa veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirirse idare, sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Bununla birlikte sözleşmenin yükleniciden

⁹¹ Arkan, Sabih: "Ticari İşletme Hukuku", 15. Baskı, Ankara 2011, s. 137; Karahan, Sami: "Ticari İşletme Hukuku" Güncellenmiş 20. Baskı, Konya 2011, s. 86; Domaniç, Hayri/ Ulusoy, Erol: "Ticaret Hukukunun Genel Esasları", İstanbul 2007, s.210; Tekil, Fehiman: "Ticari İşletme Hukuku", İstanbul 1997, s. 135.

⁹² Gök, s. 39.

⁹³ Yargıtay 15. HD. 2426/2004 E., 6805/2004 K., 28.12.2004 T. sayılı kararı; Eren, s. 618.

⁹⁴ Arapgirli, s. 19; Gök, s. 39-41.

⁹⁵ Kurt, Leyla Müjde: "Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü", Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.65; Arapgirli, s.22; Gök, s. 136.

bağımsız bir sebeple ifasının imkânsızlaşması veya zamanında bitirilmesinin mümkün olmaması halinde de idarenin dönme hakkı bulunmaktadır.⁹⁶

1.2.5.1.4. İşi Kendisi Yapma veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırma Yükümlülüğü

Yukarıda da bahsedildiği üzere yüklenici işi kendisi yapmakla mükelleftir. Bununla birlikte işin konusu yüklenicinin uzmanlık alanına girmiyorsa, diğer bir ifadeyle borçlunun kişisel özelliklerinden bağımsız bir borç mevcutsa yüklenici işi alt yükleniciler aracılığıyla da görebilmektedir.⁹⁷

1.2.5.1.5. Kontrol ve Bildirim Yükümlülüğü

Yüklenici yapılacak işe ilişkin plan ve projeyi varsa malzeme ve arsayı kontrol etmek, gerekirse uzman bir bilirkişi aracılığıyla sözleşme konusu işin uygunluğunu tespit etmek zorundadır. Ayrıca yapılan araştırmalar ve incelemeler sonucunda plan ve proje ile yapılması planlanan iş arasında bir olumsuzluk veya uygunsuzluk varsa bunu idareye bildirmekle mükelleftir.⁹⁸

1.2.5.1.6. Teslim Yükümlülüğü

Yüklenici, sözleşme konusu işi tamamladıktan sonra idareye teslim etmekle mükelleftir. Bu husus özellikle yapım işleri sözleşmelerinde karşımıza çıkmakla birlikte işin konusunun, idarenin fiili hâkimiyetine girmesi olarak da ifade edilmektedir.⁹⁹ Teslim

⁹⁶ Arapgirli, s. 22; Bilir, s. 48. (Dönme hakkı ileride detaylıca anlatılacaktır.)

⁹⁷ Ergezen, s. 38.

⁹⁸ Gök, s. 52-53.

⁹⁹ Eren, s. 621-622; Arapgirli, s. 23; Kurt, s. 67.

yükümlülüğünün yerine getirilmemesi diğer bir ifadeyle yüklenicinin borcunun ifasında temerrüde düşmesi halinde fesih hükümlerine başvurulacaktır.¹⁰⁰

1.2.5.2. İdarenin Yükümlülükleri

İdarenin ana edimi, sözleşme konusu işin karşılığı ücreti ödeme borcudur. KİSK kapsamında yapılan sözleşmelerde ücret, konuya ilişkin ihalenin sonucunda, sözleşme bedeli olarak belirlenmektedir. İhale sonucunda seçilen ekonomik anlamda en avantajlı teklif, idarenin ücret ödeme borcunu oluşturmaktadır.¹⁰¹ İdarenin bedeli ödeme yöntemine göre ise sözleşmenin türleri belirlenmektedir.

1.2.6. Sözleşmenin Türleri

4735 sayılı Kanun m. 6'da düzenlenen Sözleşme türleri, bedel ödeme usulüne göre sınıflandırılmaktadır.¹⁰²

1.2.6.1. Anahtar Teslim Götürü Bedel Sözleşme

Anahtar teslim götürü bedel sözleşmesi, yapım işi sözleşmelerinde uygulanmaktadır. Bu sözleşme türünde idare, yapım işi için yükleniciye tek bir kalemde ödeme yapmaktadır. Diğer bir ifadeyle idare için yapım işine ait ücretlendirmelerin kalem kalem yazılmasının bir önemi bulunmamakta ihaleye toplam bedel üzerinden çıkılmaktadır.¹⁰³

¹⁰⁰ Bu konu fesihte detaylıca açıklanacaktır.

¹⁰¹ Gök, s. 54; Ergezen, s. 46; Sayın, İsmail Hakkı: "Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu", Ankara 2008, s. 682.

¹⁰² Ateş, M. Okan: "4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Çerçevesinde Sözleşme Hukuku", İzden Yayıncılık, Ankara 2012, s. 50.

¹⁰³ KİSK m.6.

Bu sözleşme, yalnızca uygulama projesi bulunan yapım işleri için uygulanmaktadır ve zorunlu niteliktedir.¹⁰⁴ Uygulama projesi olmayan işler için diğer bir ifadeyle ön veya kesin proje halleri için bu türde bir sözleşmesinin düzenlenmesi mümkün değildir.¹⁰⁵ Zira uygulama projesi tanım itibariyle projenin tüm mali ve teknik analizinin yapıldığı tüm sürecin ayrıntılarıyla belirlendiği projeleri ifade etmektedir. Bu sebeple uygulama projesinde herhangi bir sürprizle karşılaşılması söz konusu değildir. Bununla birlikte ön proje ve kesin proje henüz kâğıt üzerinde olduğu için uygulamaya geçildiğinde birçok eksik unsurla karşılaşmakta ve yeni kalem ücretler çıkmaktadır. İdare, böyle bir durumla karşılaşmak istemediği, ek ücretlerden kaçındığı ve kamunun ekonomik yararını düşündüğü için anahtar götürü bedel sözleşmelerini uygulama projeli yapım işleri ile sınırlandırmıştır.¹⁰⁶

Bu sözleşme türünde yüklenicinin, ihaleye katılmadan önce proje ile ilgili tüm detayları en ince ayrıntısına kadar hesaplaması ve hem kendisi için hem idare için en avantajlı teklifi sunması gerekmektedir. İdarenin de ihale sürecinde projeyi titiz bir biçimde incelemesi ve eksikliklerin tespitini iyi yapması gerekmektedir.

Bina yapım işleri için hali hazırda uygulanan anahtar teslim götürü bedel sözleşmeleri, KİK m. 62/c de sayılan istisnai hallerde ise uygulanmamaktadır. Hangi bedelin anahtar teslim götürü bedeline dâhil edildiği hangilerinin hariç bırakıldığı sözleşmenin mahiyetine göre değişiklik göstermekle birlikte uyuşmazlıklar açısından Yüksek Fen Kurulu Kararları kesin niteliktedir.

¹⁰⁴ KİK m. 62/c.

¹⁰⁵ Gök, s. 70; Gönen, Dinçer/ Işık, Hikmet: “Açıklamalı kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 144; Sayın, İ.H., s. 682.

¹⁰⁶ Gök, s. 70-71; Arapgirli s. 28-29; Gönen/ Işık, s. 144-145.

1.2.6.2. Götürü Bedel Sözleşme

Götürü bedel sözleşmeleri, mal ve hizmet alımları için kullanılmaktadır. Anahtar teslim götürü bedel sözleşmeleri gibi götürü bedel sözleşmelerinde de işin tümü üzerinden bir bedel belirlenmekte ve bu bedel üzerinden ihaleye çıkılmaktadır. İdarenin belli bir oranda mal veya hizmet alımına ilişkin yüklenicinin tek kalem ödeme yapması söz konusudur. Mal ve hizmet alımları için bu sözleşme türünün seçilmesi mecburi değildir.¹⁰⁷

1.2.6.3. Birim Fiyat Sözleşme

Birim fiyat sözleşmesinde, yapılacak işe ilişkin her iş kalemin fiyatlandırması ayrı olarak belirlenmektedir. Mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine dair ön proje ve kesin projede uygulama alanı bulan bu tür sözleşmede, her kalem için ayrı ayrı ihaleye çıkılmamakta veya isteklilerin fiyat tekliflerinde kalemler ayrı ayrı değerlendirilmemektedir. İhale, “fiyatlarla iş kalemleri miktarlarının çarpımlarının toplamından oluşan bedel” üzerinden görülmektedir.¹⁰⁸ KİK m. 62/c’de sayılan uygulama projesinin istisnai halleri, birim fiyat sözleşmesi ile yapılmaktadır. Sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan maliyetler açısından idarenin zarara uğramaması için seçilen bu sözleşme türü, diğer sözleşmelere nazaran daha esnek bir düzendedir.

1.2.6.4. Karma Sözleşme

Bazı yapım işleri sözleşmelerinde işin mahiyetinden dolayı tek bir sözleşme türü uygulanamamaktadır. Zira işin bir kısmı için uygulama projesi hazırlanmışken diğer kısımları ön veya kesin proje aşamasında olabilmektedir. Bu durum yükleniciden veya idareden kaynaklı olmak zorunda değildir. Bazı işlerin fizibilite süreci uzun sürerken bazı

¹⁰⁷ Demirboğa, Dursun Ali: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2013, s. 27; Sayın, İ.H., s. 686.

¹⁰⁸ Gök, s. 99-100; Gönen/ Işık, s. 147-148; Sayın, İ.H., s. 686-687.

işlerinde teknik incelemesi henüz tamamlanmamış olabilmektedir. Bu durumda ihale sürecinin uzamaması ve işe en kısa zamanda başlanması için işin konusunu kısımlara bölünmektedir. Böylece uygulama projesi kısmı için anahtar teslim götürü bedel usulü, ön veya kesin proje kısmı için ise birim fiyat usulü uygulanmak suretiyle ihaleler gerçekleşmekte ve bu ihalenin sonucunda karma sözleşme imzalanmaktadır (KİK m.6).

İstekliler ihale sürecinde teklif verirken her usule ilişkin ayrı kalem hazırlayıp idareye karma teklif mektubu ile sunmakta, idarede toplam ücrete göre değerlendirme yapmaktadır.¹⁰⁹

1.2.6.5. Münferit Sözleşme

Münferit sözleşme, her sözleşme türü için uygulanmaktadır. Çerçeve anlaşma ihaleleri sonucunda yapılan münferit sözleşmeler için Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği¹¹⁰ bulunmaktadır.¹¹¹

Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 3/a maddesine göre çerçeve anlaşma; *“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 anlaşmayı,”* ifade etmektedir. Münferit sözleşmeler diğer sözleşmelerden farklı hükümler içermektedir. Örneğin, münferit sözleşmede *“sözleşmenin ifası sözleşme süresi içinde yapılmak zorundadır”*¹¹². Bu sebeple yalnızca çerçeve anlaşmada münferit sözleşme uygulanmaktadır.

¹⁰⁹ Doğanığit, Saadettin: “Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 1271.

¹¹⁰ R.G., T.: 04.03.2009, Mükerrer S.: 27159.

¹¹¹ KİK m.6; Sayın, İ.H., s. 687.

¹¹² Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliği, m. 5/c.

1.2.7. Sözleşmenin Tabi Olduğu İlkeler

TBK çerçevesinde sözleşmeye hâkim olan ilkeler, özel hukuk sözleşmesi olması sebebiyle kamu ihale sözleşmeleri için de geçerlidir. Ayrıca KİSK, bu sözleşmeler açısından bir takım özel nitelikli ilkeler de öngörmektedir.

1.2.7.1. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Tabi İlkeler

KİSK m.4, ilkeleri üç başlıkta sınıflandırmaktadır;

1.2.7.1.1. Sözleşmenin İhale Dokümanına Aykırılık Taşımayacağı İlkesi

İhale dokümanı kavramı, KİK m.4'de tanımlanmış olmakla birlikte ihale konusu işle ilgili tüm şartnameleri, sözleşme tasarısını ve konuyla alakalı diğer belgeleri ifade etmektedir.¹¹³ Bu kapsamda idarece hazırlanan ihale dokümanına aykırı sözleşmenin imzalanması, KİK m.4 ve KİK m.46 gereğince yasaktır.

Bu yasak, güven ilkesi ile bağdaşmaktadır. Taraflar, ihalede kararlaştırılan unsurlar çerçevesinde sözleşmeyi imzalayarak herhangi bir sürprizle karşılaşmamaktadır. İdare, yükleniciden ihalede talep etmediği bir hususu sözleşme sırasında talep edemeyecek; yüklenici de ihale aşamasında kabul ettiği bir kısmı sözleşme sırasında inkâr edemeyecektir. Ayrıca sözleşmenin tarafları kadar ihaleye katılan diğer istekliler açısından da bu ilke önem taşımaktadır. Zira ihale de bulunmayan bir unsurun sözleşme de olması ihaleye dolayısıyla da idareye güveni zedeleyecektir.

¹¹³ Yapım İşlerine ait tip sözleşmedeki ihale dokümanı belgeleri; “Yapım İşleri Genel Şartnamesi, İdari Şartname, Sözleşme Tasarısı, Uygulama Projesi, Ön/Kesin Projeler, Mahal Listesi, Özel Teknik Şartname, Genel Teknik Şartname, Birim Fiyat Tarifleri ve Cetvelleri, Diğer ekler.” Hizmet alımlarına ait tip sözleşmedeki ihale dokümanı belgeler; “Hizmet İşleri Genel Şartnamesi, İdari Şartname, Sözleşme Tasarısı, Birim Fiyat Tarifeleri, Özel Teknik Şartname, Teknik Şartname, Diğer ekler.”

İhale dokümanına aykırı bir unsurun sözleşmede bulunması halinde ise ihale dokümanı dikkate alınacağından sözleşme hükmü geçersiz sayılacaktır.¹¹⁴

1.2.7.1.2. Sözleşmenin Değişmezliği İlkesi

Kamu ihale sözleşmeleri açısından genel kural sözleşmenin değişmeyeceği ve ek sözleşme yapılamayacağı yönünde olmakla birlikte KİSK m.15 bazı istisnai halleri düzenlemiştir. Buna göre; *“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.”

Kanunun lafzında ‘sözleşme imzalandıktan sonra’ ifadesinin geçmesi sözleşme öncesine dair serbestliği ifade etmemektedir. Aksine sözleşme öncesinde de sözleşmenin değişmezliği ilkesi geçerliliğini korumaktadır.¹¹⁵ Bu kapsamda sözleşmede KİSK m. 15’e aykırı şekilde yapılacak değişiklikler hukuken geçersizdir. Oluşacak ihtilaflarda sözleşmenin ilk hali yoksa ihale dokümanı hükümleri dikkate alınacaktır.

1.2.7.1.3. Sözleşme Taraflarının Eşitliği İlkesi

Kamu ihale sözleşmeleri, nitelik itibarıyla özel hukuk sözleşmesi olduğu için taraflar eşittir. Diğer bir ifadeyle yüklenici ile idare aynı hak ve yükümlülükler çerçevesinde

¹¹⁴ Gök, s.60. Yargıtay’ın kararları da benzer yöndedir. Yargıtay HGK, E. 2015/3534, K.2016/1001; Kamu İhale Kurumu, Karar T.: 26.09.2019, Karar No.:2019/UH.I-1225.

¹¹⁵ Gök, s.62.

değerlendirilmektedir. Bu kapsamda hem ihale dokümanı hem de sözleşme eşitlik ilkesine aykırı hüküm ve şartlar içerebilmektedir. Her ne kadar ihale sürecinde idare hukuku hükümleri uygulanmakta ise de sözleşme kapsamında idare, yükleniciyle eş konumdadır.

1.2.7.2. Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmeye Hâkim Olan İlkeler¹¹⁶

TBK çerçevesinde, sözleşmelerde irade özerkliği ilkesi bulunmaktadır. Tarafların özgür iradeleriyle sözleşme yapma ve sözleşmenin eşit tarafı olma hususu kamu ihale sözleşmeleri için de geçerlidir. Bununla birlikte idare ve yüklenici alacak haklarını yalnızca birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri için nispiyet ilkesi burada da geçerli olacaktır. Ayrıca iyi niyet ve dürüstlük ilkesi ile sözleşmenin karşılıklı olması ilkesi de kamu ihale sözleşmeleri açısından geçerlidir.

1.2.8. Sözleşmenin Düzenlenmesi

TBK kapsamında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden biri olan kamu ihale sözleşmeleri, idare ile yükleniciye karşılıklı edimler yüklemektedir.¹¹⁷ Bu sözleşmeler KİK ve KİSK’de bulunan özel hükümler çerçevesinde düzenlemekle birlikte hüküm bulunmayan hallerde genel kanun olarak TBK hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.¹¹⁸ Bir kamu ihalesi sonucu kurulan sözleşmelerde bir taraf her zaman idaredir. Bu nedenle de sözleşmenin kuruluş aşaması, diğer tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden farklıdır.

¹¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Eren, s. 16-20.

¹¹⁷ Eren, s.211; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Cilt:1, 9. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 52.

¹¹⁸ Buz, s. 206.

İhale ile sözleşmenin kurulması açısından ülkeler farklı sistemler tercih etmiştir. Buna göre Almanya ve Avusturya gibi ülkelerde ihale süreci ile sözleşme süreci birbirinden ayrılmamaktadır. Diğer bir ifadeyle sözleşmeyi kazanan istekliye bu hususun tebliğ edilmesi ile sözleşme kurulmuş kabul edilmektedir. Türkiye, İsviçre gibi ülkelerde ise durum böyle değildir. İhale süreci sona erdikten sonra sözleşme aşamasına geçilmesi için idare ile yüklenicinin ayrıca beyanda bulunması gerekmektedir. Böylece sözleşme, idari işleminden ayrılarak özel hukuk hükümlerine tabi hale gelmektedir.¹¹⁹

1.2.8.1. İhalenin İlan Edilmesi

İdare, işlerinin yapılmasında her türlü kaynaktan yararlanma amacıyla ihaleye çıkmaktadır. İhalenin ilan edilmesinden önce idare, ihaleye hazırlık aşamasını yürütmektedir.

İhaleye hazırlık aşaması yapılacak işin tespit edilmesiyle başlamaktadır. İdare ihtiyacı olan hususu dış kaynaktan temin edeceğini belirledikten sonra yapılacak işe ilişkin ortalama maliyeti ve ödeneği hesap etmektedir. Daha sonra ihalenin konusuna ve maliyetine göre KİK, İkinci Kısım, Birinci Bölümde düzenlenen ihale usullerinden biri seçilmektedir. İhale usulünden sonra ihale konusu işe ilişkin teknik şartnamenin taslağı hazırlanmakta ve ihaleyi yapacak kurum veya kuruluşun onayına sunulmaktadır. Onay alındıktan sonra ihale komisyonu kurularak ihaleye çıkılmaktadır.¹²⁰

İhale ilanı, idarenin sözleşme yapmaya hazır olduğunu belirten bir beyan olması nedeniyle TBK kapsamındaki öneriye davet niteliğindedir. Zira öneriye davette taraf, sözleşmeye dair esaslı noktaları belirlememekte sadece bir sözleşme kurma niyetinde olduğunu açıklamaktadır. Bu sayede öneriye davet ile gelen tarafla sözleşme hususunu

¹¹⁹ Buz, s.206-208.

¹²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Arapgirli, Murat/ Demirel, Salim: “İhale İşlemleri ve Sözleşmenin Uygulanması”, Denetler Yayıncılık, 1. Baskı, İzmir 2014

müzakere edebilmekte ve sözleşme kurulup kurulmayacağına karar verilmektedir. Bu kapsamda idare, ihaleye çıkarak öneriye davette bulunmakta, ihaleye katılan isteklilerle sözleşme koşullarını müzakere etmekte ve anlaşılması halinde Sözleşme imzalanmaktadır.¹²¹

1.2.8.2. Tekliflerin Sunulması

KİK m. 30 uyarınca aday sıfatında bulunanlar diğer bir ifadeyle ihaleye katılmak isteyenler, teklif mektubu ve geçici teminat¹²² ile birlikte tüm istenen belgeleri bir zarfa koyarak idarenin istediği adrese göndermektedir. Bununla birlikte teknolojiye gelişmeler ışığında artık “EKAP (Ekonomik Kamu Alımları Platformu)” üzerinden elektronik imza ile online bir şekilde ihaleye katılmak da mümkündür. Sistem, özellikle postada geçen süre yüzünden adayların ihaleyi kaçırmaması, birinci teklif aşaması ile ikinci teklif aşaması arasındaki sürenin uzun olması gibi dezavantajları ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca ihale güvenliğinin sağlanmasına da katkıda bulunmaktadır.

Aday teklifi yaptıktan sonra istekli sıfatına haiz olmaktadır. İsteklinin, ihale teklifi öneri niteliğindedir. Önerinin, öneriye davetten farkı sözleşmenin esas noktalarının belli olması ve karşı tarafın kabulüne sunulmasıdır.¹²³ TBK kapsamında önerinin özellikleri, isteklinin ihale teklifi için de geçerlidir;

- Bir beyanın öneri olabilmesi için öncelikle beyanın karşı tarafa diğer bir ifadeyle muhabata varması gerekmektedir.¹²⁴ Bu kapsamda isteklinin ihale teklifi, ilanda belirtilen süre içerisinde ihaleyi veren kurum veya kuruluşa ulaşmalıdır.

¹²¹ Eren, s. 261-263; Oğuzman/ Öz, s. 65-66.

¹²² KİK m.33 uyarınca geçici teminat ihale bedelinin en az %3 ü oranında bedelin aday tarafından yatırılmasıdır. Geçici teminat, adayın ihale konusu işi yapacak finansal yeterliliğinin olduğunu göstermektedir.

¹²³ Eren, s. 258-259; Oğuzman/ Öz, s. 72.

¹²⁴ Eren, s. 259-260; Oğuzman/ Öz, s. 60.

Zamanında ulaşmayan teklifler, KİK m. 30 gereği açılmadan iade edilmekte ve istekli ihaleye katılamamaktadır.

- Öneride, sözleşmenin asli unsurlarının tamamı belirtilmelidir.¹²⁵ Asli unsurlar açık ve anlaşılır şekilde olmalıdır. İstekli ihale teklifinde, ihale konusu işe ilişkin esas unsurların tamamı idareye bildirmelidir. Bu durum çoğu zaman idarenin talep ettiği belgeler ile karşılanmış olsa da istekli yine de bu hususa dikkat etmelidir. Aksi halde esaslı unsurlar olmadığı için teklif, öneri değil öneriye davet niteliği taşıyacağından idarece reddedilecektir.
- Öneri, sözleşmenin hukuki nedenini içermelidir.¹²⁶ İstekli ihale ile kurmak istediği Sözleşmeyi açıkça belirtmelidir.
- Öneri, öneride bulunanı bağlamaktadır.¹²⁷ İstekli, ihale teklifinde bulunduktan sonra teklifi ile bağlıdır. Diğer bir ifadeyle istekli teklifte bulunduktan sonra zeyilname haricinde teklifini geri çekemez veya iptal edemez.¹²⁸

Bu hallerden bir tanesinin bile eksik olması halinde isteklinin teklifi, öneri niteliğinde olmayacağından, reddedilecektir.

TBK, öneri için herhangi bir özel şekil öngörmemiş olmasına karşın KİK, ihale teklifi için geçerlilik şartları sunmuştur.¹²⁹ TBK kapsamında önerinin hüküm ve sonuçları, isteklinin ihale teklifi için de geçerlidir;

- Öneri, sahibini bağladığı için istekli ihale teklifini değiştiremez.¹³⁰ Bununla birlikte öneride bulunan istekli, idareye Sözleşmeyi kurma yetkisini vermektedir. İdarenin sahip olduğu bu yetki yenilik doğuran hak niteliği taşımaktadır.

¹²⁵ Eren, s. 260; Oğuzman/ Öz, s. 54.

¹²⁶ Eren, s. 260-261; Oğuzman/ Öz, s. 54.

¹²⁷ Eren, s. 261; Oğuzman/ Öz, s. 60.

¹²⁸ KİK m. 30.

¹²⁹ KİK m. 30.

¹³⁰ Eren, s. 265;

- İsteklinin, ihale teklifi süreli öneri niteliğindedir.¹³¹ İhale süresi boyunca geçerli olan öneri, bu sürenin sona ermesiyle istekliyi bağlamayacaktır.
- İdare, öneriyi diğer bir ifadeyle isteklinin ihale teklifini kabul etmek zorunda değildir. İdarenin teklifi reddetmesi ile öneri ortadan kalkmakta ve artık istekliyi bağlamamaktadır.¹³²

Ayrıca ihaleye teklif verdikten sonra tasfiyesiz olarak başka bir şirket ile birleşen şirketin teklifi de geçerliliğini korumaktadır. Teklif, birleşilen şirketin teklifi olarak kabul edilmekte ve işlem yapılmaktadır.¹³³

1.2.8.3. İhale Kararının Kesinleşmesi

İhale komisyonu, ihaleye katılan isteklilerin tekliflerini değerlendirdikten sonra ekonomik açıdan en avantajlı teklifi seçmekte ve ihale kesinleşmektedir. İhale kararının kesinleşmesinin hukuki niteliği ise doktrinde tartışmalı bir konudur. Bu konuyla ilgili ilk görüş, ihale kararının kesinleşip isteklilere tebliğ edilmesini, TBK çerçevesinde “kabul” olarak nitelendirmektedir. Arttırma yoluyla satımların ihale sürecine ilişkin hükümlerinin kıyasen kamu ihale sözleşmelerinde de uygulanması gerektiğini belirten bu görüş özellikle kanunun ilk çıktığı tarihlerde yaygın olarak kabul görmüştür.¹³⁴

TBK kapsamında kabulün şartlarına baktığımızda; tek taraflı, muhataba varması gereken bir irade beyanı söz konusudur. Sözleşmenin kurulmasını tek taraflı olarak sağlayan kabul

¹³¹ Eren, s. 265-266.

¹³² Eren, s. 269.

¹³³ Kamu İhale Kurumu Kararları, Karar T.: 26.04.2010, Karar No.: 2010/DK.D-58.

¹³⁴ Bkz.: Tandoğan, Haluk: “Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkisi”, Cilt: 1-2, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010; Kutlu, Meltem: “İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1997; İdarenin sözleşme yapma sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Malbeği, Nida/ Özmeri., Merve Ayçe: “İdarenin Sözleşme Akdetme Zorunluluğu ve Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), s.:133-162, 2020.

beyanının içeriğinin, öneriye denk olması gerekmektedir.¹³⁵ Bu noktada idarenin yapmış olduğu ihaleye, isteklinin katılmasının öneri olarak nitelendirmesinde bir beis yoktur. Zira yukarıda da belirtildiği üzere isteklinin ihaleye katılma şartları, önerinin şartları ile uyumaktadır. Öneriye karşılık idarenin, ihale kararını, kesinleştikten sonra isteklilere bildirmesi de görünüşte kabul niteliğindedir. Çünkü ihale kararının kesinleşmesi, tek taraflı idare tarafından verilen bir karar olmasının yanı sıra isteklilere tebliğ edilmesi ile de muhataba varmakta ve ihale sonucu, üstünde kalan isteklinin önerisine de uygun olmaktadır.

Bu görüşü savunanlar, KİK m.46; “*Yapılan bütün ihaleler sözleşmeye bağlanır.*” hükmünü de dayanak göstererek kararın kesinleşerek isteklilere tebliği ile sözleşmenin kurulduğunu daha sonra sözleşmenin kurulmasına dair yapılan işlemlerin formaliteden olduğunu belirtmektedir.¹³⁶ Ancak aksi görüşte olanlar bu durumun KİK ve KİSK kapsamında bulunan sözleşme şartları ile bağdaşmadığını ifade etmektedir. Zira sözleşmenin yazılı yapılması gerekmekte iken bu şart mevcut olmadan ‘sözleşme kuruldu’ demek kanuna aykırılık teşkil edecektir.¹³⁷

Bununla birlikte KİK m. 45, idareye sözleşme yapma yükümlülüğü vermiştir. Diğer bir ifadeyle idare, ihale kararı kesinleştikten sonra sözleşme yapmaktan kaçınmamaktadır.¹³⁸ Bu husus, TBK kapsamında tarafın kabulden dönememesi ile benzerlik göstermektedir. Maddenin devamında idarenin sözleşme yapmaktan vazgeçmesi ancak noter huzurunda gerçekleşeceği ve sorumluların teminat giderlerini ve zararın tazminini ödeyeceği belirtilmektedir. Bu noktada yalnızca teminat giderlerinin değil aynı zamanda zararın tazmininin de istenmesi sözleşmenin feshi hükümleri ile bağdaştığı için, bu görüşü savunanlar bu hususun ihale kararının kesinleşmesi ile sözleşmenin kurulduğunun göstergesi olduğunu ifade etmektedir.

¹³⁵ Eren, s. 269-270.

¹³⁶ Kutlu, s. 100-101.

¹³⁷ Buz, s. 213; Demirboğa, s. 50.

¹³⁸ KİK m. 45.

Ancak TBK çerçevesinde kabul beyanından sonra yalnızca kabul beyanında bulunan taraf değil öneride bulunan tarafta sözleşme yapma iradesinden geri dönememektedir.¹³⁹ Buna karşılık KİK m. 44¹⁴⁰ kapsamında istekli ihale kararı kendisine tebliğ edildikten sonra ihaleyi imzalamaktan kaçınabilmektedir. Kanun koyucu, isteklinin sözleşmeyi imzalamaktan çekilmesi halinde yalnızca geçici teminatın kaybını öngörmüştür. Zararın tazmini veya ihaleden yasaklanma gibi bir yaptırım öngörmediği diğer bir ifadeyle sözleşmenin feshi hükümleri uygulanmadığı için ihale kararının kesinleşmesinin kabul anlamına gelmesi bu madde açısından uygun olmayacaktır. Zira özel hükmün varlığı halinde genel hüküm uygulanmayacaktır.

Alman hukukunda ise sözleşmenin, istekliye haber verilmesi ile kurulduğu kabul edilmektedir.¹⁴¹ Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere Alman hukukunda, Türk hukuktan farklı olarak ihale süreci ile sözleşme süreci birbirinden ayrılmamaktadır.¹⁴² Aynı durum Avusturya hukuku için de geçerlidir.

İhale kararının kesinleşmesinin hukuki niteliğine dair diğer görüş ise bir idari işlem olduğuna ilişkindir. İdari işlem, *“kamu gücüne dayanarak tesis edilen, idare hukukuna ve keza uyumsuzluk halinde idari yargıya tabi olan hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarıdır.”*¹⁴³ Bu bağlamda bu görüşü savunanlar, isteklinin ihaleye katılmasını öneri, ihale kararının kesinleşmesini idarenin idari işlemi, sözleşmenin imzalanmasını ise kabul olarak değerlendirmektedirler. İsviçre hukukunda da benzer görüşün hâkim olduğu görülmektedir.¹⁴⁴ Buna karşın aksi görüşte bulunanlar ihale kararının kesinleşmesinin

¹³⁹ Eren, s. 274-275. Yalnızca öneri ve kabulün geri almasına dair bir hüküm bulunmaktadır. Bu hususta geri alma beyanının kabulden önce muhataba ulaşması durumunda gerçekleşeceğinden dolayı kamu ihalelerinde böyle bir durumun varlığı söz konusu değildir.

¹⁴⁰ KİK m. 44.

¹⁴¹ Buz, s. 207.

¹⁴² Klinger, s. 154; Buz, s. 208.

¹⁴³ Gözler/ Kaplan, s. 265-266.

¹⁴⁴ Buz, s. 222-223.

idari işlem şartlarını sağlamadığını zira bir hukuki sonucun doğmadığını belirtmektedir.¹⁴⁵

Ancak yargı kararları, ihale kararının kesinleşmesini, idari işlem olarak kabul etmektedir.¹⁴⁶ Bu kapsamda ihale kararının kesinleşmesinin kabul olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Zira kabulden sonraki süreçte adli yargının görev alması gerekirken idari işlem olması nedeniyle ihale kararıyla ilgili hususlarda idari yargı görev yapmaktadır.

Kanaatimizce de ihale kararının kesinleşmesi “kabul” niteliğinde değildir. Zira KİK’te bahsi geçen özel durumlar kabulün şartları ile özdeşleşmemektedir. Bununla birlikte idari işlemin tam tanımı, ihale kararının kesinleşmesini karşılamamakla birlikte kamu gücü ayrıcalıklarına tabi işlemlerin tamamı idari işlem kabul edildiği için ihale kararının kesinleşmesine idari işlem denilebilmektedir.

1.2.8.4. Sözleşmeye Davet

Sözleşmeye davet KİK m. 42’de düzenlenmiş olmakla birlikte ihale kararının kesinleşmesinden sonra idarenin, ihale üstüne kalan istekliyi sözleşme yapmaya çağırmasıdır. Sözleşmenin imzalanması, kanunda belirtilen şart ve sürelerin sağlanması ile birlikte ihale üstünde kalan istekliye kesin teminat yatırması için verilen sürenin sonunda gerçekleşmektedir.

¹⁴⁵ Buz, s. 223.

¹⁴⁶ Danıştay 10. D., 22.06.2004 T., 2004/8257 E., 2004/7618; Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, 2013/394 E., 2013/881 K.; Yargıtay 14. HD, 2007/11982 E., 2007/13922 K.

1.2.8.5. Sözleşmenin Şekli

TBK m. 12/1 kapsamında, sözleşmelere dair bir şekil şartı bulunmamaktadır ancak aksi kanunla veya taraf iradeleri ile kararlaştırılabilmektedir. Kamu ihale sözleşmeleri için de KİK m. 46, yazılı olma şartını öngörmektedir. Buna ek olarak Kanun'da sayılan özel durumlar hariç noterle tescile gerek duyulmamaktadır.

Sözleşmeler için geçerli olan yazılı şeklin niteliği, doktrinde tartışma konusudur. Diğer bir ifadeyle kanun koyucunun yazılı şekil şartını, geçerlilik için mi yoksa ispat için mi getirdiğine dair ortak bir görüş bulunmamaktadır. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için öncelikle bu şartların özelliklerine bakılması gerekmektedir.

Geçerlilik şartı, kanunda belirtilen şartın olması halinde sözleşmenin, hüküm ve sonuç doğurmasını ifade etmektedir. Başka bir deyişle geçerlilik şartı olmazsa sözleşme hüküm ve sonuç doğuramaz. Ayrıca geçerlilik şartı sözleşmenin esas hususlarına dair olmalıdır.¹⁴⁷

İspat şartı ise mahkemede ilgili vakıanın var olduğunu göstermek açısından önemlidir. İspat şartı sözleşmenin geçerliliği açısından bir anlam ifade etmemektedir. İspat şartı hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaz iken geçerlilik şartı alınmaktadır.¹⁴⁸ Kanunun gerekçeli kararında, sözleşmenin ihale metnine aykırı olmayacağı belirtilmiş ve aykırı sözleşmelerin geçerli olmayacağı yönünde bir açıklama yapılmıştır. Bu kapsamda yazılılık şartının, sözleşmenin ihaleye aykırı olmadığı ispatı şeklinde yorumlanması gerekmektedir.

¹⁴⁷ Eren, s. 283, 285-286.

¹⁴⁸ Eren, s. 286-287.

Diğer görüş (özellikle Yargıtay'ın eski içtihatlarında görülmektedir.) ise sözleşmenin yazılı olarak hazırlanıp imzalanması ile sözleşmenin kurulduğu savından yola çıkarak geçerlilik şartı olduğunu belirtmektedir.

Üçüncü bir görüş ise sözleşmeler için bu tarz bir tartışmanın gerekli olmadığını savunmaktadır. Zira geçerlilik şekil şartı ile ispat şartlarının mahiyetinin kamu ihale sözleşmelerinin yapısına uygun olmadığını belirtmektedir.¹⁴⁹

Kanaatimizce sözleşmenin yazılı şekil şartı ispat şartı niteliğindedir. Zira sözleşmenin, ihaleye aykırılık taşıyan hükümleri KİK kapsamında geçerli kabul edilmeyecektir. Bu bağlamda yazılılık hali, o hükümleri geçerli yapamayacağından geçerlilik şartının özellikleri oluşmayacaktır. Ayrıca tarafların mahkemede sözleşme hükümlerinin, ihale hükümlerine bağdaştığını göstermek amacıyla yazılı bir metne ihtiyaç duymaları, yazılı şekil şartını ispat şartı yapmaktadır.

1.2.8.6. Sözleşmenin Kurulduğu An

Sözleşmenin kurulduğu ana ilişkin farklı kabuller mevcut olmakla birlikte TBK, hazırlar arasında veya hazır olmayanlar arasında yapılmasına göre bir düzenleme getirmiştir. Buna göre kabul, öneride bulunan tarafın hâkimiyet alanına ulaştığı anda sözleşme kurulmuş sayılmaktadır.¹⁵⁰

Kamu ihale sözleşmelerinde, ihale kararının kesinleşmesi yukarıda bahsedilen sebepler ışığında kabul anlamına gelmediği için sözleşmenin imzalanması kabul olarak

¹⁴⁹ Buz, s. 229.

¹⁵⁰ Eren, s. 276-277; Oğuzman/ Öz, s. 78; Kılıçoğlu, Ahmet: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Turhan Kitapevi, Ankara 2013, s. 45.

nitelendirilmektedir. Bu sebeple sözleşme, hazırlar arasında imzalanacağı için idare ile isteklinin sözleşmeyi imzaladıkları anda sözleşme kurulmuş kabul edilmektedir.

2. BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERME SEBEPLERİ

2.1. GENEL OLARAK

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden biri olan kamu ihale sözleşmesi, diğer sözleşmeler gibi kurulmakta ve sona ermektedir. Taraflar açısından istenilen sona erme hali, sözleşme konusu işin tamamlanması olmakla birlikte bu durum her zaman mümkün olmamaktadır. Özel hukuk kurallarına tabi sözleşmeler, TBK m. 132-161 arasında düzenlenen dar anlamda borcun sona erme halleri ile sona erebileceği gibi öğretide kabul edilen geniş anlamda borcun sona erme sebepleriyle de sona erebilmektedir. Bunun yanı sıra kanun koyucu, KİSK kapsamında da bazı özel sona erme halleri öngörmektedir.

Çalışmamızda konunun kolay incelenmesini sağlamak için sona erme sebepleri, kaynağına göre sınıflandırılarak değerlendirilecektir. Zira yükleniciden kaynaklı sebepler ile sona erme, yüklenicinin mahiyetinden dolayı bazı farklılıklar içermektedir. Ayrıca sözleşmenin sona ermesinin sonuçları da sona erme sebebinin kaynağına göre değişiklik göstermektedir.

2.2. YÜKLENİCİDEN KAYNAKLI SONA ERME SEBEPLERİ

İhalenin tamamlanması ve sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenici sıfatını alan ve idarenin karşısında bulunan taraf, yukarıda da bahsedildiği gibi birçok hak ve yükümlülüğe sahiptir. Söz konusu yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilememesi veya yüklenicinin elinde olmayan durumların hâsıl olmasıyla sözleşme sona erebilmektedir. Sona erme sebebi, TBK kapsamında geniş veya dar anlamda sona erme sebeplerinden biri olabileceği gibi KİSK kapsamındaki sebeplerden biri de olabilmektedir.

2.2.1. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Sona Erme Sebepleri

2.2.1.1. Dar Anlamda Borcun Sona Erme Sebepleri

TBK m. 83 ve devamı maddeleri ile m. 132-161 arasında borcun sona erme sebepleri düzenlenmektedir. Söz konusu sona erme sebepleri, direkt olarak sözleşmeyi sona erdirmemekte, borcu sona erdirmektedir. Başka bir ifadeyle dar anlamda sona erme sebeplerinden birinin varlığı halinde sözleşmeden doğan tüm borçlar sona ermiş ise sözleşme sona ermektedir.¹⁵¹ Söz konusu sona erme halleri kamu ihale sözleşmeleri için de geçerli olduğundan çalışmamızda bu hallerin Sözleşmeler üzerindeki etkisi tek tek incelenecektir.

2.2.1.1.1. İfa

2.2.1.1.1.1. Genel Olarak

Taraflar açısından istenilen ve borcun en tabii şekilde sona erme hali, ifadır. Alacak ve borçların sözleşmede belirtildiği gibi yerine getirilmesi ile ifa tamamlanmakta ve borç sona ermektedir. Sözleşmedeki edimin konusuna göre farklı şekillerde ifa mümkün olmakla birlikte tam ve doğru ifa ile borçlu borcundan kurtulmaktadır.¹⁵²

Kamu ihale sözleşmeleri açısından ifanın usul ve esasları, ihale ve teknik şartname hükümleri ile belirlenmektedir. İfanın yeri ve zamanı, ifa konusu edime ilişkin asıl ve yan yükümlülükler de yine ihale ve teknik şartnamedeki hükümler çerçevesinde yerine getirilmektedir.

¹⁵¹ Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla; “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Beta Yayınları, 7. Basım, İstanbul 1993, s.984; Eren, s. 1289.

¹⁵² Eren, s. 928; Tekinay vd., s. 1009; Tandoğan, s. 609.

İfanın tam ve doğru şekilde yerine getirilmemesi, borcun diğer sona erme hallerini oluşturmakla birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)¹⁵³ kapsamında suç kabul edilmektedir. Bu kapsamda yüklenicinin, edimi kanunda belirtilen seçimlik hareketlerden biriyle tam ve doğru şekilde yerine getirmemesi ile idarenin bu ifa şeklini kabul etmesi kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Kanun koyucunun, özel hukuka ilişkin bu fiili, ceza kanunu çerçevesinde sonuca bağlaması, kamu yararını ve kamu kaynaklarını daha efektif koruma amacı gütmektedir.

2.2.1.1.1.2. Mal Alım Sözleşmelerinde İfa

Mal alım sözleşmeleri, idare tarafından satın alınan taşınır ve taşınmaz malları ile hakları ifade etmekle birlikte satım sözleşmesi niteliğine haizdir. Mal alım sözleşmeleri ile ilgili mevzuat, Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği (MAİUY)¹⁵⁴ ve Mal Alımları Denetim Muayene ve Kabul İşlemlerine Dair Yönetmelik (MADMKİDY)¹⁵⁵tir. İfaya ilişkin hususlar bu yönetmeliklerde belirtilen şartlara göre yerine getirilecektir.

KİSK m. 7/e, sözleşmede bulunması zorunlu hususlardan birinin süre olduğunu belirtmiştir. Buna göre taraflar edimin süresini sözleşme ile kararlaştırmakta ve sürenin sonunda ifayı gerçekleştirmektedir. Mal alım sözleşmelerinde bu süre, MAİUY'nin eki olan Mal Alımlarına İlişkin Tip Sözleşme m. 9.1'de; "*Sözleşmenin süresi, işe başlama tarihinden itibarengündür/aydır.*" olarak tarafların iradesine bırakılmıştır. Buna karşın bu sürenin ihale aşamasında kararlaştırılmış olması veya teknik şartnamede bulunması durumunda taraflar sözleşmeyi imzalarken bu hususta bir değişikliği ancak KİSK m. 15'de belirtilen şartlar çerçevesinde yapabilmektedir.

¹⁵³ R.G., T.: 12.10.2005, S.: 5611.

¹⁵⁴ R.G., T.: 04.03.2009, Mükerrer S.: 27159.

¹⁵⁵ R.G., T.: 19.12.2002, S.: 24968.

Mal alım sözleşmelerinde ifa yeri, ihale aşamasında belirlenmekte ve teknik şartnamede yer almaktadır. Buna göre ifa yeri kamu kaynakları için en avantajlı yer olmalıdır. İfa yeri işin mahiyetine göre birden fazla da olabilmektedir.

İfa yeri ve zamanı dışında MADMKİDY, ifa aşaması ile ilgili birçok düzenleme getirmiştir. Buna göre mal alım sözleşmelerinin ifasında öncelikle bir kabul komisyonu kurulmaktadır. Kabul komisyonunun en önemli görevi, yüklenici tarafından teslim edilen malın teknik şartnamedeki şartlara uygun olup olmadığının denetimini yapmaktır.¹⁵⁶

Mal alım sözleşmelerinde kabul komisyonu, ara denetim yapabilmekle birlikte nihai kontrol, sözleşme konusu edimin tesliminde gerçekleşmektedir. Edimin doğru ve eksiksiz olduğuna karar veren kabul komisyonu, edimi kabul etmektedir. Böylece yüklenicinin borcu sona ermekte ve ifa yerine getirilmektedir.

Kabulde aslolan kesin kabuldür. Ancak kimi zaman işin mahiyeti sebebiyle kesin kabul mümkün olmamaktadır. Bu gibi durumlarda geçici kabul¹⁵⁷ hükümleri uygulanmakla birlikte bu hususun ihale dokümanında belirtilmesi gerekmektedir.

Yine aynı şekilde ihale dokümanında belirtilmek kaydıyla kısmi kabul de mümkündür. Tamamlanmış veya kullanıma hazır kısım için kısmi ifa yapılabilmektedir. TBK çerçevesinde kısmi ifa şartları, mal alım sözleşmeleri için de geçerlidir.

Buna göre idare, aşağıdaki şartların varlığı halinde kısmi ifayı kabul etmekte yükümlüdür;

- *“Sözleşme kısmi ifaya izin vermekte ise,*
- *Edimin niteliği kısmi ifaya elverişli ise,*

¹⁵⁶ MADMKİDY m. 7.

¹⁵⁷ MADMKİDY, m.22.

- *Dürüstlük kuralı kısmi ifaya izin vermekte ise,*
- *Ticari teamül kısmi ifaya izin vermekte ise,*
- *Borçlu borcun bir kısmına itiraz etmişse ve kalan kısmın ifası yapılıyor ise”¹⁵⁸ idare kısmi ifayı kabul etmek zorundadır.*

2.2.1.1.1.3. Hizmet Alım Sözleşmelerinde İfa

Hizmet alım sözleşmeleri, idarenin dış kaynaktan aldığı hizmetleri ifade etmektedir. Hizmet konusu iş, kanunda sınırlı sayma yoluyla belirlenmediğinden ilgili mevzuatlardaki şartları sağlayan her iş bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Hizmet alım sözleşmelerine ilişkin mevzuat, Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliği¹⁵⁹, Hizmet Alım Şartnamesi ve Hizmet Alımları Muayene ve Kabul Yönetmeliği (HAMKY)¹⁶⁰’nden oluşmaktadır.

Hizmet alım sözleşmelerinde ifa süreci, HAMKY ekinde bulunan Hizmet İşleri Kabul Teklif Belgesi’nin yüklenici tarafından doldurulması ile başlamaktadır. Teklif Belgesinin idareye ulaşması ile HAMKY m.5 uyarınca muayene ve kabul komisyonu kurulmaktadır. Bu komisyon, hizmeti teknik şartnamedeki şartlara göre incelemekte, gerekli muayeneleri ve denetimleri yapmakta ve eksik bulunmaması halinde işin kabulünü gerçekleştirmektedir.¹⁶¹

Hizmetin kabulü, “*belli bir çalışma sonrasında tamamlanan hizmetler*” ile “*sürekli nitelikli işler*” için farklılık göstermektedir. Belli bir çalışma sonrasında tamamlanan hizmetler için HİGŞ m.44 hükümlerine göre kabul gerçekleşmektedir. Kabul komisyonu

¹⁵⁸ Eren, s. 944-945.

¹⁵⁹ R.G., T.: 04.03.2009, Mükerrer S.: 27159.

¹⁶⁰ R.G., T.: 19.12.2002, S.:24968

¹⁶¹ Muayene ve kabul komisyonu, işin ifaya uygun olduğuna karar verdikten sonra HAMKY ekinde bulunan Hizmet İşleri Kabul Tutanağını düzenlemektedir. Muayene ve kabul komisyonu ile yüklenici tutanağı imzalamak zorundadır. Zira tutanak ifanın ispatı için gereklidir.

gerekli incelemeleri yaptıktan sonra işin ifaya uygun olduğuna karar vermekte ve işin teslimini gerçekleştirmektedir. İfanın tarihi, KİSK m.7/e uyarınca sözleşmede yer almak zorundadır. İfanın yeri ise sözleşmede belirtilmekle birlikte belirtilmediği hallerde de TBK çerçevesinde işin görüldüğü işyerinde yapılmaktadır.¹⁶²

Sürekli nitelikli işlerde ise ifa, sözleşmede öngörülen tarihlerde düzenli olarak yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle hizmet işi, aylık veya dönemlik olarak belirlenmekte ise bu sürenin sonunda işin teslimi gerçekleşmektedir. İşin teslimi tamamlandıktan sonra bir sonraki döneme girilmekte ve iş, ihaledeki sürenin sonuna kadar bu şekilde ifa edilmektedir.¹⁶³ İşin ifa yeri, yükleniciye teslim edilen iş yeridir.¹⁶⁴

Kısmi ifa, hizmet alım sözleşmelerinde belli bir çalışma sonrası tamamlanan işler için geçerlidir. Bu noktada ifa tarihi gelmiş olmasına rağmen sözleşme konusu işin yalnızca bir kısmı tamamlanmıştır. Hizmet alım sözleşmelerinde kısmi ifa, mal alım sözleşmelerindeki gibi yapılmaktadır. Ancak sürekli nitelikli işlerde, her iş için belirtilen ifa tarihinde, işin o kısmı tamamlanmak zorundadır. Zira HİGŞ m. 45'e göre, hizmet alım sözleşmelerinde işin konusu, "*aynı işin tekrarı şeklinde gerçekleşen yemek, temizlik, güvenlik ve personel taşıma gibi süreklilik arz eden hizmet işi*" ise kısmi kabulün mümkün olmadığı açıkça düzenlenmektedir.

2.2.1.1.1.4. Yapım İşleri Sözleşmelerinde İfa

Yapım işleri sözleşmeleri, eser sözleşmesi niteliğine haizdir. Bu kapsamda yapım işleri sözleşmelerinin ifası, eserin teslimine ilişkindir. Yapım işleri sözleşmelerinde ifaya ilişkin şartlar Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği (YİMKY)¹⁶⁵, Yapım İşleri Genel

¹⁶² HİGŞ, m. 44/a.

¹⁶³ HİGŞ, m.44/b.

¹⁶⁴ HİGŞ, m. 7; "*İşyerinin yükleniciye teslimi, sözleşme veya eklerinde belirtilen esaslara göre yapılır.*"

¹⁶⁵ R.G., T.: 04.03.2009, Mükerrer S.: 27159.

Şartnamesi ve Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği¹⁶⁶, ne göre belirlenmektedir. Öncelikle eserin kabulüne ilişkin muayene ve kabul komisyonu kurulmaktadır. Bu komisyon, mal ve hizmet alım muayene ve kabul komisyonuna benzer işlevlerde olmakla birlikte eserin teknik şartnameye uygunluğunu incelemektedir.¹⁶⁷ Yapım işlerinde ifanın yeri YİĞŞ m. 5’de bahsi geçen yükleniciye sözleşme konusu işi meydana getirmek için verilen yerdir. Yapım işlerinde ifa tarihi, KİSK m.7/e kapsamında sözleşmede belirtilmektedir.

2.2.1.1.2. Borcun Yenilenmesi

Borcun yenilenmesi diğer adıyla tecdit, eski borcun yerine yeni bir borcun getirilmesiyle meydana gelmektedir. TBK’da dar anlamda sona erme sebeplerinden biri olarak kabul edilen yenileme, “*yenileme sözleşmesi*” ile mevcut borcu sona erdirerek alacaklı ile borçlu arasında yeni bir borç doğurmaktadır. Mevcut borç ilişkisinde asli borçların yanında yan borçları da sona ermektedir. Yenilemenin meydana gelebilmesi için TBK m. 131/1 kapsamında tarafların yenileme iradesine sahip olması gerekmektedir.¹⁶⁸

Kamu ihale sözleşmeleri açısından ise borcun yenilenmesi mümkün değildir. Zira sözleşmeler açısından sözleşmenin değişmezliği ilkesi geçerlidir. Bu ilke kapsamında KİSK m. 15’de sayılan istisnai durumlar haricinde tarafların iradesi olsa dahi sözleşmede değişiklik yapılamamaktadır. Bunun sebebi kamu kaynaklarının korunmasıdır. Çünkü sözleşmede yapılacak değişiklikle eski borcun sona erdirilerek yeni borcun meydana getirilmesi, o zamana kadar sözleşme konusu işin yapımı için harcanan emek, zaman ve maddi giderlerin boşa gitmesine neden olacaktır. Kamu kaynaklarının bu şekilde bir israfı da kanun koyucu tarafından istenmemektedir.

¹⁶⁶ R.G., T.: 04.03.2009, Mükerrer S.: 27159.

¹⁶⁷ YİMKY, m. 41-45.

¹⁶⁸ Eren, s. 1289; Oğuzman/ Öz, s. 579; Kılıçoğlu, s.817.

Ayrıca taraflar arasında imzalanan sözleşme, ihaleye çıkılan şartlar çerçevesinde hazırlanmaktadır. Sözleşmede bu denli kapsamlı bir değişiklikle mevcut borcun sona erdirilerek yeni bir borca geçilmesi, ihaleye güven ilkesine ayrılık teşkil eder. Zira ihaleye katılan istekliler, ihale konusu işe göre teklif vermekte ve ihale, ihale konusu iş için en avantajlı teklifin seçilmesiyle sonlanmaktadır. İhale konusu işin diğer bir adıyla sözleşme ediminin değişikliği ise ihale sürecini anlamsız kılacaktır. Tüm bu nedenler ışığında sözleşmeler için borcun yenilenmesi mümkün değildir.

2.2.1.1.3. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

TBK m. 135/1’de düzenlenen bu sona erme halinde, alacaklı ve borçlunun aynı kişi olmasını ifade etmektedir. Bir kimsenin hem alacaklı hem de borçlu olması halinde kişi kendi kendine borçlanamayacağı için borç sona erecektir.¹⁶⁹

Kural olarak bu halin varlığında borç sona ermektedir. Ancak TBK m. 135/3 çerçevesinde bazı istisnalar belirlenmiştir.¹⁷⁰ Kanun koyucu kıymetli evrakla ilgili hususları da saklı tutmuştur. Zira TTK m.698/1’e göre poliçe borçlusu da poliçeyi kabul edebilmektedir. Kredi ihtiyacı olduğunda da bu poliçeyi ciro edebilmektedir. Böylece alacaklı ve borçlu sıfatı birleşmiş olmasına rağmen borç sona ermeden poliçe tekrar ciro edilmektedir.¹⁷¹

Kamu ihale sözleşmelerinde de bu halin varlığı halinde borcun sona ermesi mümkün olmakla birlikte uygulamada bu durumla pek karşılaşılmamaktadır. Ancak devletleştirme hükümleri gereği yüklenici, idarenin bir parçası haline gelirse alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesiyle sona ermeden söz etmek mümkündür.¹⁷²

¹⁶⁹ Eren, s. 1293; Oğuzman/ Öz, s. 586-587.

¹⁷⁰ Eren, s. 1294-1295; Oğuzman/ Öz, s. 587.

¹⁷¹ Bozer, Ali/ Göle, Celal: “Kıymetli Evrak Hukuku”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8. Bası, Ankara 2018, s. 120-122; Oğuzman/ Öz, s. 587; Eren, s. 1295.

¹⁷² Devletleştirme, Kamu Yararının Zorunlu Kılındığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun ile düzenlenmektedir. İlgili kanuna göre devletleştirme yapılabilmesi için öncelikle kamu hizmetine haiz özel bir teşebbüsün varlığı gerekmektedir.

Devletleştirme, şartları itibariyle istisnai bir uygulamadır. Bu kapsamda idare ile yüklenici arasında sözleşme imzalandıktan sonra bu şartların meydana gelmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin, sözleşmedeki işi yapması yerine idarenin yapmasında bir kamu yararının mevcut olması; sözleşme konusu işe ülke çapında ihtiyaç duyulması; idarenin sözleşme konusu işi devletleştirme haricinde bir uygulama ile yapamaması; devletleştirme işleminin yapılmaması halinde kamunun ciddi bir zarara uğraması gerekmektedir. Tüm bu hallerin mevcut olması halinde devletleştirilme ile alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmekte ve sözleşme konusu borç sona ermektedir.

2.2.1.1.4. İbra

İbra, “*mevcut bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya ve bu suretle borçlunun borcundan kurtulmasına yönelik işlem*”¹⁷³dir ve alacaklı, alacağından feragat etmektedir. Borçluyu, borcundan kurtaran ibra, dar anlamda borçların tamamını sona erdirmekle birlikte geniş anlamda sona erdirmez. Bunun için tarafların bozma sözleşmesi yapması gerekmektedir.¹⁷⁴

TBK m. 132’de düzenleme alanı bulan ibranın gerçekleşmesi için bazı şartlar mevcuttur. Öncelikle alacaklının, ibrada bulunma iradesinin mevcut olması gerekmektedir. Bununla birlikte ibra bir sözleşme olarak kurulduğu için tarafların iradesinin karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekmektedir. Aksi kararlaştırılmadığı sürece ibra sözleşmesi, bir şekle tabi değildir. Taraflar bu sözleşmeyi, borcun tamamı veya bir kısmı için yapabilmektedir.¹⁷⁵

Ayrıca bu teşebbüsün özel kişiden alınıp devlete verilmesinde bir kamu yararının mevcut olma şartı aranmaktadır.

¹⁷³ Eren, s. 1296.

¹⁷⁴ Eren, s. 1296-1297; Oğuzman/ Öz, s. 574-575; Kılıçoğlu, s. 812-813; Tekinay vd., s. 985.

¹⁷⁵ Kılıçoğlu, s. 813; Oğuzman/ Öz, s. 575.

Kamu ihale sözleşmelerinde hakediş ödemeleri açısından ibra sıkça kullanılan bir yöntemdir. Hakediş, yüklenicinin sözleşme konusu iş karşılığında aldığı bedeli ifade etmektedir. Hakediş, sözleşme konusu işin tabi olduğu genel şartname kurallarına göre belirlenmektedir.¹⁷⁶

Yapım işleri sözleşmelerinde hakedişler, YİĞŞ m. 39-40'a göre; Hizmet ve mal alım sözleşmelerinde hakedişler, HİĞŞ m. 42-43'e göre düzenlenmektedir. Buna göre birim fiyat üzerinden hesaplanan tutardan, sözleşmedeki ve kanundaki kesintilerin çıkarılmasıyla kalan bedelin yükleniciye verilmesi ile ödeme yapılmaktadır.¹⁷⁷

Hakediş raporları, yüklenicinin başvurusu ile idarece hazırlanmakta olup yüklenicinin başvurmadığı hallerde ise idare tarafından tek taraflı olarak ilgili raporlar düzenlenebilmektedir.¹⁷⁸ İdarece hazırlanan hakediş raporlarına yüklenicinin itiraz hakkı bulunmaktadır. Ancak yüklenici kimi zaman itiraz süresini kaçırdığı için kimi zaman da itiraz etmek istemediği için hakediş raporlarını, idarenin hazırladığı şekli ile kabul etmiş sayılmaktadır. İşte bu hallerde idare tarafından hazırlanan hakediş raporları, idarenin ücret ödeme borcunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırdığı için ibra kapsamına girmektedir. Yüklenici, itiraz etmeyerek ibraya rıza göstermektedir. Ayrıca ibra herhangi bir şekle tabi olmadığı için de hakediş raporları ile ilgili bu husus ibra kapsamına girebilecektir. İdarenin sözleşme konusu işin teslimi için yükleniciye ek süre vermesi ise ibra değildir. Zira bu halde yüklenicinin borcu ortadan kalkmamakta yalnızca ifa tarihi değişmektedir.

2.2.1.1.5. Takas

Takas, TBK m. 139/1'de; *“İki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını*

¹⁷⁶ Demirboğa, s. 91-92.

¹⁷⁷ Gök, s. 617.

¹⁷⁸ Ateş, s. 187.

borcuyla takas edebilir.” şeklinde düzenlenmektedir. Tarafların borçlarını takas edebilmeleri için bazı şartların olması gerekmektedir;¹⁷⁹

- *“Borçlar karşılıklı olmalıdır.*
- *Borç para borcu veya özdeş borç olmalıdır.*
- *Borç dava edilebilir bir borç olmalıdır.*
- *Takas hakkı sözleşme ile ortadan kaldırılmış olmamalıdır.*
- *Kamun takas hakkını ortadan kaldırmış olmamalıdır.”*

Kamu ihale sözleşmeleri açısından yukarıda bahsi geçen şartların mevcut olması halinde takas ile borcun sona ermesi mümkündür. İdarenin hakedişleri ile yüklenicinin idareye karşı borcu takas edilebilmektedir. Yüklenicinin borcu kamu ihale sözleşmesinden doğmak zorunda değildir ancak borcun nevi aynı türden olmalıdır.¹⁸⁰

2.2.1.1.6. Kusurlu İmkânsızlık¹⁸¹

Sona erme sebeplerinden bir diğeri ise kusurlu imkânsızlıktır. Bu sona erme halinde yüklenicinin bir kusuru nedeniyle borcun ifası imkânsız hale gelmekte ve borç sona

¹⁷⁹ Eren, s. 1301-1307.

¹⁸⁰ Demirboğa, s. 95; “İdareye verilen kesin teminatlar ile ek kesin teminatlar takas beyanına konu olamamaktadır.” Yargıtay’ın da benzer yönde görüşleri bulunmaktadır. Yargıtay 15. HD., 2016/3638 E., 2018/353 K.; “Takas, borcu sona erdiren sebeplerden olup, TBK’nın 139/I. maddesi hükmünce iki kişi, karşılıklı olarak bir miktar veya özdeş diğer bir edimi birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir denildikten sonra, ikinci fıkrasında alacaklardan biri çekişmeli olsa bile takas ileri sürülebileceği belirtilmiştir. TBK’nın 143. maddesinde de takasın borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşeceği, bu durumda her iki borç takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona ereceği kabul edilmiştir. Takas için alacakların karşılıklı ve özdeş yani aynı cinsten olması yeterli olup aynı sözleşmeden kaynaklanması zorunlu değildir. Takas ileri sürülebilmesi için karşı ya da ayrı bir dava açılması zorunlu olmadığı gibi, takas edilecek alacağın ilâma bağlanmış olması da zorunlu değildir, def’i olarak ileri sürülebilir. Davalı tarafça bakım sözleşmesinden doğduğu ileri sürülen para alacağı, davacının doğalgaz dolum tesisinden doğan ve kalan alacağını ödememek için ileri sürülmüş ve bu suretle davalı takas iradesini davacıya yönelterek açıklamıştır.

Bu durumda mahkemece, davalı iş sahibinin bakım sözleşmesinden kaynaklandığını iddia ettiği para alacağını davacının dolum tesisinden kalan para alacağından takas etme hakkına sahip olduğu, takas edilen alacağın ilâma bağlanması şart olmadığı gibi, ihtilaflı olması da takasa engel teşkil etmeyeceği, davalı davacının hakedişinden bu nedenle kesinti yaptığını ifade ederek takas beyanını ileri sürdüğünden...” (E.A.: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T.: 26.03.2024).

¹⁸¹ Yüklenici açısından kusurlu imkânsızlık incelenmektedir. İdarenin kusurlu imkansızlığı ile borcun sona erme sebebi idareden kaynaklanan sona erme sebeplerinde detaylıca açıklanacaktır.

ermektedir. Yüklenicinin haksız davranışını ne şekilde gerçekleştirdiğinin bir önemi bulunmamakla birlikte borcun ifasını imkânsız hale getiren sebep ile yüklenicinin davranışı arasında bir bağ olmak zorundadır. Diğer bir ifadeyle imkânsızlığa sebep fiil yükleniciye isnat edilmelidir.¹⁸²

Kamu ihale sözleşmeleri açısından yüklenicinin kusurlu davranışı ile borcun imkânsız hale gelmesi mümkündür. Kusurlu imkânsızlıkta yalnızca borç sona ermekte, borç ilişkisi devam etmektedir. Borçlunun kusuru sözleşmenin sona ermesine sebep olacak düzeyde ise bu noktada fesih ile sona erme hükümlerine gidilmektedir. Yüklenicinin kusurundan dolayı borcun sona ermesi ile idare zarara uğramışsa bu noktada zararın türüne göre yüklenici tazminat ödemekle mükelleftir.¹⁸³

2.2.1.2. Geniş Anlamda Borcun Sona Erme Sebepleri

TBK m. 132-161 dar anlamda sona erme sebeplerini düzenlemiş olmakla birlikte bu düzenleme, sözleşmelerin sona erme sebeplerini tam anlamıyla karşılamamaktadır. Bunun için öğretide; ikale, fesih, dönme, geri alma ve iptalden oluşan ve geniş anlamda sona erme sebepleri olarak nitelendirilen ayrı bir bölüm daha kabul edilmektedir.

2.2.1.2.1. Bozma (İkale)

Bozma eski adıyla ikale, var olan sözleşmeyi ortadan kaldıran, bozan sözleşmeyi ifade etmektedir. Sözleşme serbestliği ilkesi, bozma sözleşmesi (contrarius actus) için de geçerlidir. Bu bağlamda bozma sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Geçmişe etkili

¹⁸² Eren, s. 538-539;

¹⁸³ Kamu ihale sözleşmelerinin sona erme sebeplerinin sonuçlarında detaylıca açıklanacaktır.

sonuç doğurmakla birlikte taraflar aksini kararlaştırabilmektedir.¹⁸⁴ Ancak tarafların karşılıklı alacak ve borçlarından feragat ettikleri bu sözleşme, her sözleşme türü için geçerli değildir. Bazı sözleşmeler için kanun koyucu, ikalenin mümkün olmayacağını öngörmektedir.

KİSK esasen ikaleye ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Buna karşılık ilgili maddeleri ile sözleşmenin nasıl sona ereceğine ilişkin bazı kurallar belirlemiştir. KİSK m.4; “*Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez.*” hükmüne yer vermiştir. Bu hükümden hareketle KİSK m.15¹⁸⁵, sözleşmede değişiklik yapılacak halleri saymış ve bu haller dışında sözleşmede değişiklik yapılmasının mümkün olamayacağını ifade etmiştir. Ayrıca KİSK m.19-23 arasında sözleşmenin sona erme usul ve esasları belirtilmiş ve aksi hallerin sözleşme için uygulanmayacağı öngörülmüştür. Bu hükümler dışında sözleşmeler için genel kanun olan KİSK kapsamında ikaleye ilişkin net bir düzenleme yapılmadığından ikalenin sözleşmeler üzerindeki etkisi muğlak bir çerçevede kalmıştır.

Ancak KİSK m.5 Sözleşmelerin, Tip Sözleşme şeklinde düzenleneceğini belirtmiştir. Bu kapsamda Resmî Gazete’de yayımlanan ve özel hüküm niteliğinde olan Tip Sözleşme hükümlerinin, ikalenin varlığı açısından incelenmesi gerekmektedir.

Yapım işleri sözleşmeleri için uygulanan YİĞŞ, 22.06.2005 tarihinden önce m.48’de; “*yüklenici ile idarenin, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılıklı anlaşması halinde sözleşme tasfiye edilir*” hükmü ile ikaleyi kabul etmekteydi. Ancak yapılan değişiklik ile madde hükmü ilga edildi ve yapım işleri sözleşmeleri için ikale ile son

¹⁸⁴ Eren, s. 1284-1285; Oğuzman/ Öz, s. 410; Yargıtay 22 HD., E. 2018/8116, K. 2018/15946, T. 26.06.2018 Kararında bozma sözleşmesini; “*Sözleşmenin doğal yollar dışında tarafların ortak iradeleri ile sona erdirilmesi yönündeki işlem*” olarak tanımlamaktadır.

¹⁸⁵ KİSK m. 15.

bulma hali ortadan kaldırıldı. KİSK'in ikale ile ilgili muğlak tavrı, YİGŞ ile yapım işleri sözleşmeleri için net hale getirildi.

Mal alım sözleşmeleri için Mal Alım İhalelerine İlişkin Tip Sözleşme hükümlerine bakıldığında özellikle yüklenicinin sözleşmeyi ifa zorunluluğu bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirmeme, karşılıklı anlaşma ile sona erdirme gibi bir hak, yükleniciye mal alım sözleşmeleri için tanınmamıştır. Bu kapsamda aynı yapım işleri sözleşmelerinde olduğu gibi mal alım sözleşmelerinde de ikale mümkün değildir.¹⁸⁶

Hizmet alım sözleşmeleri ise kamu ihale sözleşmeleri arasında ikalenin mümkün olduğu tek sözleşme türüdür. HİGŞ m. 54; “yüklenici ile idarenin, tasfiyenin idare lehine olduğunun açık ve objektif bir hesaplama ile belli edildiği durumlarda Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılıklı anlaşması halinde sözleşme tasfiye edilir” hükmü ile tarafların karşılıklı anlaşarak bozma sözleşmesi yapmalarını mümkün kılmaktadır. Ancak ikale hakkı, borçlar hukuku hükümlerinde olduğu gibi bir serbestlikle gelmemiş aksine şarta bağlanmıştır. Bu kapsamda idarenin lehine olmadığı sürece bozma sözleşmesi ile hizmet alım sözleşmelerinin tasfiyesi mümkün değildir. Kamu kaynaklarının etkin ve doğru kullanımı ve idarenin zarara uğramaması için getirilen bu şart, yüklenicinin keyfi hareketlerinin de önüne geçmeyi hedeflemektedir.

2.2.1.2.2. Geri Alma

Geri alma hakkı, yenilik doğuran bir haktır. Doktrinde dar anlamda ve geniş anlamda geri alma hakkı olarak incelenen bu hak, dönme ve fesih ile benzerlik göstermektedir. TBK'da

¹⁸⁶ Doğanığit, Saadettin/ Güvendi, İrfan: “İhale ve Sözleşme Hukuku”, KAMEP Derneği Yayınları, Ankara 2016, s.1261.

işlemin niteliğine göre farklı sonuçlar gösteren geri alma hakkı, kamu ihale sözleşmeleri için de geçerli olan bir sona erme sebebidir.¹⁸⁷

Dar anlamda geri alma *irade beyanının hukuki sonuç doğurmasını engellemektedir*. Dar anlamda geri alma hakkında, bu hakkı kullanmak için bir sebebin varlığına gerek duyulmamaktadır. Dar anlamda geri alma hakkının kullanımı, özellikle öneri süresinin sona ermesinden sonra öneri sahibinin, önerisini geri alması ile kendisini göstermektedir. Geniş anlamda geri alma hakkı ise hukuki işlemi ortadan kaldıran bir yenilik doğuran hakktır.¹⁸⁸

Sözleşmeler açısından dar anlamda geri alma hakkı mümkündür ancak yalnızca istekli açısından bu hak kullanılabilir. Zira idare, ihale süreci sona erdikten sonra KİK m. 45'e göre sözleşmeyi imzalamak zorundadır.¹⁸⁹ İsteklinin ise ihale üzerine kaldıktan sonra sözleşmeyi imzalama zorunluluğu bulunmamaktadır. KİK m. 44'e göre istekli sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmekte ve sözleşme yapma iradesini geri alabilmektedir.

İsteklinin geri alma iradesi, öneri süresi sona erdikten sonra önerenin, önerisini geri alması ile benzer hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Bozucu yenilik doğuran bu hak ile isteklinin beyanının sonuç doğurmasının önüne geçilmektedir. Geri alma hakkı, tek taraflı bir irade beyanı olması nedeniyle isteklinin sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmesi ile hüküm ve sonuç doğurmakta ve idarenin onayına ihtiyaç duyulmamaktadır. Geçmiş etkili olan geri alma hakkı ile istekli sanki hiç teklifte bulunmamış gibi en avantajlı ikinci teklifte bulunan istekliyle sözleşme imzalanmaktadır. Geri alma hakkı bir şekle tabi değildir.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Serozan, Rona: "Sözleşmeden Dönme", Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.124; Eren, s.1288.

¹⁸⁸ Serozan, "Sözleşmeden Dönme" s. 124; Özel, Çağlar: "Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı", Ankara 1998, s. 75.

¹⁸⁹ KİK m. 45.

¹⁹⁰ Eren, s. 274-275; Serozan, "Sözleşmeden Dönme" s. 129.

2.2.1.2.3. İptal

2.2.1.2.3.1. Genel Olarak

İptal edilebilirlik, tek taraflı geçmişe etkili bir sona erme halidir. Geçerli olan bir sözleşme hata, hile, tehdit veya gabinin varlığı ile geçersiz hale gelmektedir.¹⁹¹ İptal hakkını kullanan taraf daha sonra bu hakkı kullanmaktan vazgeçmemektedir. Herhangi bir şekilde tabi olmayan iptal, bir def'i hakkıdır. Bu bağlamda taraflar tarafından ileri sürülmesi gerekmektedir. Başlangıçta geçerli olan sözleşme, iptal edilmeden önce “askıda geçerli” olarak kabul edilmekte ve bu yönüyle batıldan (kesin hükümsüzlük) ayrılmaktadır.¹⁹²

Kamu ihale sözleşmeleri açısından gabin ile iptal mümkün değildir. Gabin veya diğer adıyla aşırı yararlanma, taraflardan birinin bilgisizliği veya deneyimsizliğinden yararlanarak edimler arasında bir adaletsizlik oluşmasıdır.¹⁹³ Sözleşmelerin taraflarından birinin idare değerinin de yüklenici olması hasebiyle bilgisizlik veya tecrübesizlikten bahsetmek mümkün değildir. İdare, sahip olduğu kamu gücü ile böyle bir tecrübesizliğin içine düşmemektedir. Ayrıca ihale sürecine çıkılmadan ve ihale süresi boyunca yapılan araştırmalara rağmen bilgisiz olduğunu öne sürmesi de pek olası değildir.

Yüklenici açısından ise, ihale konusu işin mahiyeti düşünüldüğünde yüklenicinin bu işi yapacak kapasitede ve donanımda olması beklenmektedir. Uygulamada bu işi yapacak kimselerin genel olarak tacir veya ortaklık olduğu görülmektedir.

¹⁹¹ Diğer bir görüşe göre ise; İptal, geçerli olan bir sözleşmeyi sonradan geçersiz hale getirebileceği gibi baştan beri geçersiz olan sözleşmenin geçersizliğini kesin hale getirebilmektedir. Ayrıca bkz. Tunçomağ, Kenan: “Türk Borçlar Hukuku, C. 2, Özel Borç İlişkileri”, 3. Baskı, İstanbul 1977, s.180; Serozan, “Sözleşmeden Dönme”, s. 151.

¹⁹² Serozan, “Sözleşmeden Dönme”, s. 121; Eren, s. 1288; Buz, s. 297.

¹⁹³ Buz, s. 297.

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin tüm ticari işlerinde dikkatli, özenli ve öngörülü şekilde davranmasını gerektirmektedir. Tacir, basiretli bir iş adamı olarak sözleşmede bulunan haller dışında bazı yan yükümlülüklerin de farkında olmalıdır. Tacir bilgisizliğini veya tecrübesizliğini ileri sürerek sorumluluktan kaçmamaktadır. Bu sebeple de tacirin, ticari faaliyetlerinde gabin hükümlerinin uygulanması kural olarak mümkün değildir.¹⁹⁴ Kamu ihale sözleşmelerinde tacir sıfatıyla yer alan yüklenicilerden de basiretli iş adamı gibi davranmaları beklendiği için gabin, sözleşmeler açısından uygulanmamaktadır.¹⁹⁵

Ayrıca gabinin edimler arası aşırı orantısızlık şartı, ihale sonucu yapılan bir sözleşme için mümkün değildir. İhale süreci rekabet ortamının olduğu ve en avantajlı teklifin seçildiği bir sistem üzerine kurulmuş iken aşırı orantısız bir teklifin idarece kabulü pek olası değildir. İdare her ne kadar acil bir şekilde ihale yapmış ve beklenen altında bir teklifi kabul etmiş olsa dahi aşırı orantısızlık sınırları içerisindeki teklifi kabul etmeyecektir. Zira ihalenin en temel amacı kamu mallarını korumak ve kamu yararına göre hareket etmektir. Ayrıca idarenin kamu tüzel kişiliğine haiz olması sebebiyle yükleniciyi sömürmek ve ondan yararlanmak gibi bir maksadının olması da düşünülemez. Tüm bu sebepler ışığında gabin sözleşmeler için mümkün değildir.¹⁹⁶

İptal edilebilirliğin diğer halleri ise sözleşmeler açısından tek tek değerlendirilmelidir.

¹⁹⁴ Kural olarak tacirler, gabin hükümlerinden yararlanmamaktadır. Ancak müzayaka halinde tacirler gabin hükümlerinden yararlanabilmektedir. Müzayaka hali ile kastedilen tacirin öngöremeyeceği, zor durumda kalacağı durumun oluşmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çağlar, Hayrettin: “Gabin Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması”, BATİDER, 32/4, s.:69-93, 2016.

¹⁹⁵ Arkan, s. 147-149.

¹⁹⁶ Buz, s. 297-298.

2.2.1.2.3.2. Hata Sebebiyle Sözleşmenin İptali

Hata veya diğer adıyla yanlışlık, tarafların sözleşmenin kuruluş aşamasında bir hataya düşmesini ifade etmektedir. Dar anlamda hata, *yanlış veya eksik tasavvurdur*. Geniş anlamda hata ise dar anlamdaki hataya ek olarak bilgisizliği de içinde barındırmaktadır. Hataya düşen taraf, hata konusuna ilişkin bilgisizliği nedeniyle olay veya durumu gerçek sanmaktadır. Bu sebeple kişinin olay veya durumla ilgili şüphesi varsa veya gerçeği kasıtlı olarak bilmek istemiyorsa hata hükümleri uygulanmayacaktır.¹⁹⁷

TBK m. 30'a göre sözleşmenin esaslı unsurlarında hataya düşülmesi halinde, hataya düşen taraf, sözleşmenin iptalini isteme hakkına sahiptir. Hata, Savingy'e göre saik hatası (gerçek yanlışlık) ve beyan hatası (gerçek olmayan yanlışlık) olarak sınıflandırılmaktadır.¹⁹⁸

2.2.1.2.3.2.1. Beyan Hatası Sebebiyle Sözleşmenin İptali

Beyan hatası, kişinin iradesindeki bir yanlışlık olmaktan ziyade iradenin dış dünyaya açıklanması aşamasında ortaya çıkan bir hatayı ifade etmektedir. Beyan hatasının, esaslı hata olabilmesi için TBK m. 31'deki hallerden birinin varlığı aranmaktadır. Buna göre esaslı beyan hatasına düşen taraf, sözleşmeyi iptal edebilmektedir. Kamu ihale sözleşmeleri açısından ise esaslı beyan hatasının oluşması pratikte pek mümkün değildir. TBK m. 31'de bahsi geçen ilk esaslı hata, sözleşmenin niteliğine ilişkindir. Taraf, istediğinin aksine bir sözleşmeyi yapacağını beyan etmekte ve hataya düşmektedir. Ancak bu durumun sözleşmeler açısından bir karşılığı bulunmamaktadır. Zira sözleşmelerden önce ihale süreci yürütülmektedir. İhaleyi yapan iradenin isteğinin dışında bir sözleşme için ihaleye çıkması pek olası değildir. Buna karşın böyle bir ihaleye çıkılsa dahi ihale süreci boyunca bu hatanın kimse tarafından fark edilmeyeceği ve sözleşme aşamasına

¹⁹⁷ Eren, s. 393-394; Oğuzman/ Öz, s. 94; Kılıçoğlu, s. 107; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 427; Buz, s. 300-301.

¹⁹⁸ Eren, s. 395; Oğuzman/ Öz, s. 101.

geçileceğini söylemek de gerçekçi olmayacaktır. Aynı şekilde ihaleye katılan isteklinin, yanlış ihaleye teklif vermesi halinde dahi ihale süresi boyunca bunu fark etmeden sözleşme aşamasına gelmesini beklemek teorik olarak da pratik olarak da mümkün değildir.

Aynı şekilde sözleşme konusuna ilişkin bir beyan hatasına düşülmesi de sözleşmeler için geçerli olmayacaktır. İhale süresi boyunca tarafların bu denli büyük bir hatayı fark edeceği açıktır. Bununla birlikte sözleşme konusu edimin niteliğine ilişkin bir hata bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Zira bu tarz bir hata, saik hatasıdır ve sözleşme konusu hata ile karıştırılmamalıdır.¹⁹⁹

Yine sözleşmenin karşı tarafına ilişkin bir hata, sözleşmeler açısından mümkün değildir. İhaleye katılan istekli, hangi idarenin ihaleyi açtığını ve hangi idare ile sözleşme yapacağını bilmektedir. En kötü senaryo da dahi isteklinin, karşı tarafa ilişkin hatayı, ihale aşamasında öğreneceği açıktır. İdarenin de sözleşme için yanlış kişiyi davet etmesi beklenmemektedir. Zira idare, ihaleyi kazanan istekliyi sözleşmeye davet etmektedir.

Miktara ilişkin hata da yine aynı şekilde sözleşmeler için düşünülemez. İdare, ihaleye çıkarken gerekli hazırlıkları yapmakta, şartnameleri hazırlamakta ve iş konusu edime ilişkin hakedişleri düzenlemektedir. İstekli tarafta, ihaleye katılmadan önce ihale konusu için bütçesini göz önünde almakta ve ona uygun teklifte bulunmaktadır. İstekli, aşırı düşük teklifte bulursa dahi sözleşme aşamasına geçilmeden önce KİK m. 38 uyarınca aşırı düşük teklif değerlendirilmekte ve istekliden bu teklife ilişkin bir açıklama yapması beklenilmektedir. Açıklama yeterli görülmediği takdirde aşırı düşük teklif henüz sözleşme aşamasına geçilmeden reddedilmektedir. Bu sebeple esaslı hata mahiyetine gelecek oranda bir hatanın varlığı da pratikte bir karşılık bulamamaktadır.²⁰⁰

¹⁹⁹ Buz, s. 302; Eren, s.400; Oğuzman/ Öz, s. 96; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 433.

²⁰⁰ Buz, s. 303; Eren, s. 401; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 433-434.

Basit hesap hataları ise esaslı hata değildir. Bu nedenle sözleşmenin iptaline yol açmaz. Ancak saik hata niteliğindeki hesaplama hataları bu kapsamda değildir. Tüm bu bilgiler ışığında beyan hatasının, sözleşmeler için gerçekleşmesi ihtimal dışıdır.

2.2.1.2.3.2.2. Saik Hatası Sebebiyle Sözleşmenin İptali

Saik hatası ise sözleşmelerde sık rastlanan bir iptal sebebidir. Saik hatası, tarafın işlem iradesine dair bir hatadır. Taraf, yanlış bir düşünce sonucunda sözleşmeye dair bir yanılığa düşmektedir. Saik hatası, aslen esaslı bir yanılma değildir. Buna karşın TBK m.32 uyarınca sözleşmenin temeline ilişkin bir saik hatasının var olması ve bu hatanın iş hayatı ve dürüstlük kuralları çerçevesinde sözleşmenin iptalini gerektirmesi halinde saik hatası, esaslı hata olarak kabul edilmekte ve sözleşmenin iptalini gerektirmektedir. Ayrıca aldatma ve ölüme bağlı tasarruflar da saik hatasını, esaslı hata haline getirmektedir.²⁰¹

Sözleşmenin temeline ilişkin saik hatasına dair geçmişte karşı tarafın bu hatayı bilip bilmemesi üzerine tartışmalar mevcuttur.²⁰² Kanun koyucu ilgili maddede değişikliğe giderek tartışmaları sona erdirmiş ve temel hatasının karşı tarafça bilinebilir olması şartını getirmiştir. Tüm bu şartların saik hatasında mevcut olması halinde hataya düşen tarafın sözleşmeyi iptal hakkı doğmaktadır. Kamu ihale sözleşmeleri açısından da temel saik hatası ile iptal hakkının örnekleri mevcuttur.²⁰³

²⁰¹ Eren, s. 395-397; Buz, s. 305.

²⁰² Bir görüşe göre, temel hatasının esaslı hata olması için karşı tarafın bu durumu bilmesi veya bilinebilir bir mahiyette olması önemli değildir. Bkz.; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut: “Borçlar Hukuku”, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 89/90. Buna karşın diğer görüş, temel hatasının karşı tarafça bilinebilir olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz.; Eren, s. 396; Kocayusufoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir: “Borçlar Hukuku, Genel Bölüm”, C.:1, İstanbul 1998. Kanun koyucu da yapmış olduğu değişiklikle bu görüşe katılmıştır.

²⁰³ En sık karşılaşılan temel hatası, yapım işleri sözleşmeleri açısından inşaat yapılacak arazinin sonradan imara elverişli olmaması halinde görülmektedir.

Sözleşme konusu edimin niteliğinde yanılığa düşülmesi saik hatası sebeplerinden biridir. Bu hatanın temel hata unsurlarını sağlaması sebebiyle sözleşmenin iptal mi edileceği yoksa ayıba karşı tekellüf hükümlerinin mi uygulanacağı konusunda tartışmalar mevcuttur. Doktrindeki eski kabule göre mal ve hizmet alım sözleşmeleri açısından sözleşme konusu edimin niteliğinde esaslı bir hataya düşülse dahi yalnızca ayıba karşı tekellüf hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Esaslı hata nedeniyle sözleşme iptal edilmeyecektir.²⁰⁴ Günümüzdeki hâkim görüşe göre ise mal ve hizmet alım sözleşmelerinde esaslı saik hatasının varlığı halinde, taraf ister ayıba karşı tekellüf hükümlerinin uygulanmasını isterse de temel hatasına dayanarak sözleşmenin iptalini isteyebilmektedir. Özellikle de ihaleyi açan idare, ayıba karşı tekellüf çerçevesinde muayene ve ihbar külfetini yerine getirmediğinde hak kaybı yaşamamak için hata hükümleri kapsamında sözleşmeyi iptal edebilmektedir.²⁰⁵

Yapım işleri sözleşmelerinde ise temelinde eser sözleşmesi olması hasebiyle ayıba karşı tekellüf hükümlerinin uygulama alanı bulması halinde hataya dayanarak sözleşmenin iptal edilemeyeceği kabul edilmiştir.²⁰⁶

Karşı tarafın niteliğinde yanılığa düşülmesi de saik hatası kapsamındadır. Bu bağlamda temel hatasının şartlarının oluşması durumunda sözleşmenin iptali istenilebilmektedir. İhaleyi açan kurum, isteklinin ifa güçlüğü içinde bulunduğu öğrendikten sonra KİSK m.17-18 hükümlerine göre hareket edecek ve iptal hükümlerini mi yoksa fesih hükümlerini mi uygulayacağına karar verecektir.²⁰⁷

İsteklinin, ihale teklifinde hesaplama hataları yapması (gizli hesap hatası), saik hatasıdır. Gizli hesap hatasında, basit hesap hatalarına göre daha ciddi ve sözleşmenin temeline etki

²⁰⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Necip: “Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı”, İstanbul 1968, s. 79.

²⁰⁵ Buz, s. 307; Oğuzman/ Öz, s. 65-66.

²⁰⁶ Buz, s. 307-308.

²⁰⁷ KİSK m. 17-18'deki belirtilen sözleşmenin sona erme sebepleri Kamu İhale Sözleşmelerine Göre Sona Erme Sebepleri başlığı altında detaylıca incelenecektir.

eden bir hata mevcuttur. Yukarıda bahsi geçen temel hata şartlarının sağlanması halinde gizli hesap hatası, sözleşmeyi iptal hakkını doğurmaktadır.²⁰⁸

2.2.1.2.3.3. Hile veya Tehdit Sebebiyle Sözleşmenin İptali

Hile diğer adıyla aldatma, TBK m. 36 düzenlenmekte ve taraflardan birinin diğerini aldatması halinde aldanana tarafa sözleşmeyi iptal hakkı vermektedir. Aldatan taraf, karşı tarafta yanlış bir izlenim oluşturacak beyanda bulunmaktadır. Aldatma, aslen bir saik yanılması olmakla birlikte aldatmanın sonucunda sözleşmenin iptal edilebilmesi için esaslı bir yanılma şartı aranmamaktadır.²⁰⁹

Aldatmanın gerçekleşebilmesi için öncelikle aldatma fiilinin mevcut olması gerekmektedir. Aldatma aktif bir hareketle meydana gelebileceği gibi pasif bir davranışla da ortaya çıkabilmektedir. Pasif yolla aldatma diğer adıyla susma yoluyla aldatmanın oluşabilmesi için aldatma fiilini gerçekleştiren tarafın, aydınlatma yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir. Aydınlatma yükümlülüğü, kanundan doğacağı gibi sözleşmeden de doğabilmektedir.²¹⁰

Kamu ihale sözleşmeleri açısından aydınlatma yükümlülüğü geniş yorumlanmaktadır. Zira taraflar arasında güven ilişkisi, taraflardan birinin idare olması sebebiyle daha güçlüdür. Ayrıca, idare kamu işinin görülmesi için ihaleye çıktığından isteklilerin, kamu yararı açısından aydınlatma yükümlülüğü daha kapsamlıdır. Ayrıca idarenin de kamu hizmetlerine güvenilirlik ilkesi gereği aydınlatma yükümlülüğüne sahip olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu nedenle hem idarenin hem isteklinin/yüklenicinin ihale aşamasında ve sözleşme süresince geniş bir aydınlatma yükümlülüğü vardır. Bu

²⁰⁸ Buz, s. 312-313.

²⁰⁹ Eren, s. 413; Buz, s. 326; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 37; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 445.

²¹⁰ Eren, s. 414-415; Buz, s. 326-327; Kılıçoğlu, s. 139; Oğuzman/ Öz, s. 94.

yükümlülüğü yerine getirmeyen taraf, pasif bir davranışla aldatma fiilinde bulunduğu sözleşmenin diğer tarafının iptal hakkı doğmaktadır.²¹¹

Aldatma ile iptalin oluşabilmesi için aldatma kastı aranmaktadır. Bu kapsamda aldatma fiilinde bulunan taraf, aktif veya pasif olarak gerçekleşen yanılma fiilini bilmeli ve istemelidir. Aksi halde kast mevcut olmadığı için aldatma da mevcut olmayacaktır. Aldatma kastı doğrudan kast olabileceği gibi dolaylı kastta olabilmektedir.²¹²

Son olarak aldatmanın oluşabilmesi için aldatma fiili ile sözleşme arasında bir illiyet bağı olmalıdır. Diğer bir ifadeyle aldatma fiili olmasaydı, sözleşme hiç yapılmayacak veya farklı şekilde yapılacak ise bağ oluşmuş ve aldatma gerçekleşmiş kabul edilmektedir.²¹³ Kamu ihale sözleşmeleri açısından da idare isteklinin aldatma fiili nedeniyle ihaleyi isteklinin üstüne bıraktıysa veya istekli idarenin aldatıcı fiili nedeniyle ihaleye katılıp ihale üstüne kaldıysa illiyet bağı oluşacaktır.

Aldatma fiili, sözleşmenin tarafları tarafından yapılabileceği gibi üçüncü kişi tarafından sözleşme tarafının lehine de yapılabilmektedir. Bu halde sözleşmenin iptal edilebilmesi için lehine aldatma fiili gerçekleşen tarafın, bu fiili bilmesi veya bilecek durumda olması gerekmektedir.

Tehdit diğer adıyla korkutma, sözleşmenin tarafını sözleşmeyi yapması için korkutma olarak nitelendirilmektedir. Korkutma fiili nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilmesi için *sözleşmeyi yapan tarafa veya yakınlarına yönelmiş bir tehlikenin olması; ağır veya yakın*

²¹¹ Buz, s. 326-327.

²¹² Eren, s. 415; Buz, s. 327-328; Aldatma kastı, TBK bakımından yalnızca fiilin bilinmesi ve istenmesi olarak çıkmaktadır. Ancak TCK'da özellikle dolandırıcılık suçlarında kastın oluşabilmesi için fiilin bilinmesi ve istenmesinin yanı sıra menfaat sağlama veya zarar meydana getirme kastı da aranmaktadır. Kamu ihale sözleşmeleri açısından da yalnızca fiilin bilinmesi ve istenmesi aldatma kastı için yeterlidir.

²¹³ Eren, s. 416; Buz, s. 328.

*bir zarar tehlikesi doğması; hukuka aykırı olması; korkutma ile sözleşme arasında illiyet bağı olması şartları aranmaktadır.*²¹⁴

Kamu ihale sözleşmeleri açısından korkutma, genellikle isteklilerin başvurduğu bir yöntem olmakla birlikte idarenin de sözleşme değişikliği sırasında bu yöntemle başvurduğu görülmektedir.²¹⁵ Korkutmanın şartlarının sağlanması ile taraf Sözleşmeyi iptal edebilmektedir.

Üçüncü kişilerin korkutma fiili de sözleşmeyi iptal hakkını doğurmaktadır. Aldatmadan farklı olarak korkutmada, üçüncü kişinin korkutma fiilini, lehine korkutmada bulunan tarafın bilmesi veya bilecek durumda olması sözleşmenin iptali için aranmaz.

2.2.1.2.4. Dönme

2.2.1.2.4.1. Dönme Teorileri

Dönmenin sözleşmeye etkileri doktrinde tartışmalı olduğundan bu konuda öğretilerde birden fazla teori geliştirilmiştir.²¹⁶

Klasik Dönme Teorisine göre dönme hakkı sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran geniş anlamda borcun sona erme halidir. Bozucu yenilik doğuran hak olarak

²¹⁴ Eren, s. 420-423.

²¹⁵ Tüzel kişiliğin yetkili organına karşı tehdit tüzel kişiliğe yapılmış kabul edilmektedir. İdarenin sözleşme değişikliği mevzuat çerçevesinde olsa dahi yükleniciyi hakediş ödemelerini alamayacağı, geciktirileceği gibi sebeplerle tehdit etmesi korkutma kapsamında değerlendirilecektir.

²¹⁶ Çalışmamızda ani edimli sözleşmeler açısından dönmenin etkileri incelenmiştir. Sürekli edimli sözleşmelerde borç ilişkisinin bu tarz bir sona erme hali fesih başlığı altına değerlendirilmektedir. Dönme teorileri için ayrıca bkz.: Türker, Güray: “İvazlı Alacağın Devrinde Sözleşmeden Dönme ve Buna Bağlı Sonuçların Türk Hukuku ve İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İnÜHFD, 13(2), 2022, s.306-322.

nitelendirilen dönme, muhatabın hâkimiyet alanına ulaşmasıyla hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Dönme yalnızca borçlandırıcı işlemleri geçersiz kılmakta, tasarruf işlemlerini etkilememektedir. İptalde olduğu gibi dönme hakkında da hak kullanıldıktan sonra vazgeçilememektedir. Bu teoriye göre sözleşme başlangıçtan beri kurulmamış gibi sona ermekte ve tasfiye işlemi sözleşmeden ayrı bir olgu olarak sürdürülmektedir.²¹⁷ Klasik teoriye göre ifası gerçekleşen borçlar açısından sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Henüz ifası gerçekleşmemiş borçlar ise varlığını sona erdirecektir.²¹⁸

Dönme hakkı kanuni olabileceği gibi iradi şekilde de olabilmektedir. Kanuni dönme, kanundan açıkça belirtilen hallerde (TBK m. 98/2, TBK m. 110, TBK m. 125, TBK m. 227/1 vb.)²¹⁹ ilgili tarafa dönme hakkını vermektedir. İradi dönme ise tarafların, sözleşmeye koydukları hükümler ile dönme hakkını kullanabilmeleridir.

Kanuni Borç İlişkisi Teorisi, geçmişe etkili olarak sözleşmenin sona erdiğini ifade etmekte ve tasarruf işlemlerinin etkilenmeyeceğini kabul etmektedir. Buna karşın ifası tamamlanan edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde değil de kanuni borç ilişkisi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini öne sürülmektedir. Zira ortada özel bir iade borcunun doğduğu ve genel zamanaşımı süresinin uygulanmasının hak kayıplarının minimuma inmesi açısından önemli olduğu dile getirilmektedir.²²⁰

Ayni Etkili Dönme Teorisi de geçmişe etkili olarak sona ermektedir. Bu teoride, borçlandırıcı işlemlerin yanında tasarruf işlemleri de geçerliliğini kaybetmektedir. Sebeye bağlılığın varlığı, borçlandırıcı işlemlerin yanı sıra tasarruf işlemlerinde de aranmaktadır. Ayrıca ifası yapılmış edimlerin iadesinde, ayni hak hükümlerinin uygulanacağı kabul

²¹⁷ Serozan, “Sözleşmeden Dönme”, s. 62; Eren, s. 1286-1287; Oğuzman/ Öz, s. 411.

²¹⁸ Serozan, “Sözleşmeden Dönme”, 63; Tunçomağ, s. 952; SELİÇİ, Özer: “Borçlar Kanunu’na Göre Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi”, İstanbul 1977, s. 208-210.

²¹⁹ Eren, s. 1286-1287.

²²⁰ Serozan, “Sözleşmeden Dönme”, s. 66-77; Türker, s. 310-311; Bilir, s. 79-80.

edilmektedir. Diğer bir ifadeyle daha önce ifa edilen edimlerin iadesi, istihkak davası ile talep edilecektir.²²¹

Son yıllarda doktrinde kabul edilen Yeni Dönme Teorisi ise diğer teorilerden farklı olarak dönmenin, geçmişe değil geleceğe etkili olarak sözleşmeyi ortadan kaldıran bir sona erme sebebi olduğu görüşünü öne sürmektedir. Bu halde sözleşmenin içeriği değişerek tasfiye sürecine girdiği için iade borçları sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilmektedir. İfası tamamlanmış borçların iadesi, sözleşmenin bir parçası olması hasebiyle geri verme borcuna dönüşmektedir ve genel zamanaşımı hükümleri uygulanmaktadır.²²²

2.2.1.2.4.2. Kamu İhale Sözleşmelerine Dönmenin Etkisi

Kamu ihale sözleşmeleri açısından da dönme önemli bir sona erme sebebidir ve kanundan kaynaklı olabileceği gibi sözleşmeden kaynaklı da olabilmektedir. Sözleşme kaynaklı dönme, kamu ihale sözleşmeleri için ihale sürecinde, tip sözleşme tasarılarında veya genel şartnamelerde belirlenebilmektedir. Ancak sözleşmeden kaynaklı dönme hakkını yalnızca idare kullanabilmektedir.²²³ Sözleşmede taraflar arası eşitlik ilkesine aykırı olarak görülen bu durum aslen hukuka uygundur. Zira sözleşmede dönmeye ilişkin şartlar ihale sürecinde belirlenmektedir. İhale süreci, idare hukuku kapsamında değerlendirilmekte ve idare, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmaktadır. Ayrıca Sözleşme imzalanmadan önceki süreçte istekli, sözleşme ile ilgili tüm hususları bilmekte ve bunu kabul ederek ihaleye katılmakta ve sözleşmeyi imzalamaktadır. Bu nedenle idareye bu hakkın tanınması, yükleniciye ise tanınmaması eşitlik ilkesine aykırı demek doğru olmamakla birlikte bu durum tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırdıkları bir hak olarak görülmelidir.

²²¹ Serozan, "Sözleşmeden Dönme", s. 78; Türker, s. 312; Seliçi, s. 210.

²²² Seliçi, 210; Serozan, "Sözleşmeden Dönme", s. 78; Türker, s. 313; Bilir, s. 81-82.

²²³ Demirboğa, s. 67-68.

Kanuni dönme ise sözleşmelerde her iki tarafa da tanınan bir haktır. Bu kapsamda hem idare hem de yüklenici kanunun tanıdığı ölçüde dönme hakkını kullanabilmektedir. Kamu ihale sözleşmeleri açısından menfaat dengesini sağlayan kanuni dönme, kendisine yüklenen edimleri yerine getirmeyen tarafı ifaya zorlamakta ve karşı tarafın zarara uğramasının önüne geçmeyi hedeflemektedir.²²⁴

Bununla birlikte yukarıdaki dönme teorilerinden hangisinin kamu ihale sözleşmeleri için uygulanacağına dair bir ortak görüş bulunmamaktadır. Ancak Alman ve İsviçre hukukunda kabul edilen ve son zamanlarda ülkemizde de yaygınlaşan yeni dönme teorisinin ani edimli sözleşmeler açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.²²⁵ Zira sözleşmeler, kamu yararına kamu mallarının etkin şekilde kullanılmasını sağlamak için idare tarafından yapılmaktadır. Bu bağlamda sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesi kamu zararına neden olacak bazı sonuçlar doğuracaktır.

İlk olarak ifası gerçekleşmiş edimler için sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması ve zamanaşımının da bu hükümlere göre belirlenmesi halinde sürenin kısa olması sebebiyle hak kayıpları yaşanacaktır. Yeni dönme teorisinde ise bu süre genel hükümler çerçevesinde belirlendiği için zarara uğrayan tarafın menfaatleri korunmuş olacaktır. Ayrıca bu teoride hem borçlandırıcı işlemler hem de tasarruf işlemleri dönmeden etkilenmektedir. Buna ek olarak sözleşme son bulmadığı yalnızca sözleşmenin içeriği değiştirerek tasfiye işlemi sağlandığı için bu teori, def'iler, ispat yükü ve taraf sorumluluğu açısından hem idareye hem yükleniciye elverişli imkanlar sağlanmaktadır.

²²⁴ Oğuzman/ Öz, s. 547; Demirboğa, s. 67-68.

²²⁵ Aksi görüşe göre, Kamu ihale sözleşmeleri klasik dönme teorisi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu kapsamda Sözleşmenin dönme yoluyla sona erdirilmesi halinde Sözleşme hiç yapılmamış gibi hüküm ve sonuçlar doğmaktadır. Sözleşmenin tasfiye süreci, asıl sözleşmeden ayrılmaktadır. Dönme Sözleşmedeki yalnızca borçlandırıcı işlemleri geçersiz kılmakta, tasarruf işlemlerini etkilememektedir. Henüz ifa edilmemiş edimlerin varlığı sona ererken ifası gerçekleşmiş edimler için sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca bkz.: Demirboğa, s. 68-69.

2.2.1.2.4.3. Yapım İşleri Sözleşmelerinde Dönmenin Etkisi

Yapım işleri sözleşmeleri açısından ise yüklenicinin temerrüdünün dönme kapsamında mı değerlendirileceği yoksa fesih kapsamında mı değerlendirileceği tartışmalı bir konudur.

2.2.1.2.4.3.1. Yüklenicinin Temerrüdünü Dönme Kapsamında Kabul Eden Görüş

Yüklenicinin temerrüdünün dönme kapsamında değerlendirileceğini savunan görüşe göre, yapım işleri sözleşmeleri, ani edimli eser sözleşmesidir. Ani edimli sözleşmeler, klasik dönme teorisine göre geçmişe etkili sonuç doğurdukları için yapım işleri sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü halinde de daima geçmişe etkili sonuç doğurduğu ifade edilmektedir.²²⁶

Yüklenici müteahhit, yalnızca işin tamamladığı kısmı için sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak alacağını talep edebilmektedir.²²⁷ Ancak işi tamamlamadan sözleşme hükümlerine aykırı olarak hareket eden yüklenicinin, kar dâhil orantılı ücret alacağı hakkaniyet kurallarına aykırılık teşkil edecektir. Zira tamamlanmamış ayıplı haldeki bir inşaatın, arsadan kaldırılması idareyi ciddi bir zarara uğratacaktır. İdarenin zararı tazmin edilse dahi yüklenicinin kısmi ifadan karlı bir bedel alması hakkaniyete ilişkin sorunları çözmeyecektir.²²⁸ Bu görüşü savunan yazarlara göre, yüklenicinin temerrüdü halinde dönme hükümleri gereği sözleşme hiç kurulmamış gibi sona ermekte ve tasfiye işlemleri sözleşmeden ayrı bir olgu olarak yürütülmektedir.²²⁹

²²⁶ Tandoğan, Haluk: “Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısmıyla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, BATİDER, 1981/1, S.1, C.XI, s. 28-49, s. 35-36; Tandoğan “Borçlar Hukuku”, s. 187; Bilir, s. 82-83; Kırmızı, Mustafa: “Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, Şen Matbaa, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 488-489.

²²⁷ Seliçi 'ne göre yüklenicinin temerrüdü nedeniyle dönme Klasik Dönme Teorisine göre değil Yeni Dönme Teorisine göre yapılmalıdır. Bu kapsamda da iade borcu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, sözleşmenin genel hükümlerine göre ifa edilecektir. Ayrıca bkz.; Seliçi, s. 76.

²²⁸ Tandoğan, “Arsa”, s. 36; Bilir, s. 83; Kırmızı, s. 489.

²²⁹ Tandoğan, “Arsa”, s.36-37; Kırmızı, s. 489.

2.2.1.2.4.3.2. Yüklenicinin Temerrüdünü Fesih Kapsamında Kabul Eden Görüş

Yüklenicinin temerrüdünün fesih kapsamında olduğunu kabul eden yazarlara göre, yapım işleri sözleşmeleri ani edimli sözleşme değildir. Zira yüklenici açısından bakıldığında eseri meydana getirme borcu, sözleşmeyi sürekli edim içeren borç haline getirmektedir. Sürekli edimli borçlar açısından da fesih ile sona ermenin daha uygun olacağı kabul edilmektedir.²³⁰

Bu görüşe göre, eserin tamamlanan kısmı için geleceğe etkili fesih hükümlerinin uygulanmasının hakkaniyete daha uygun olacağı belirtilmektedir. Yüklenici, idareye uğradığı zarardan dolayı tazminat ödemekle birlikte fesih işlemi gerçekleşene kadar yapmış olduğu edimlerin ifasını da talep edebilmektedir. Zira eserin hatırı sayılır kısmı tamamlandığı için o noktada eserin ortadan kaldırılması kamu zararını oluşturacaktır. İdare de böyle bir zarardan kaçınmak için eseri tamamlamak amacıyla başka bir yüklenici ile anlaşacak veya kendisi eseri tamamlayacaktır.²³¹ Bu görüşü savunan yazarlara göre yüklenicinin temerrüdünün sonucunda fesih hükümlerinin uygulanması nedeniyle fesihe kadar doğmuş olan tüm borçlar, alacaklar ve haklar geçerliliğini koruyacaktır.²³²

Yargıtay'ın bu konuya ilişkin görüşü ise eser sözleşmelerinin karma yapıli bir sözleşme olduğu yönündedir.²³³ Diğer bir ifadeyle eser sözleşmeleri tam anlamıyla ani edimli bir sözleşme de değildir, sürekli edimli bir sözleşme de değildir. Bu kapsamda eğer yapım işleri sözleşmesi kısa sürede ve az bir ücret karşılığında yapılmakta ise ani edimli sözleşme; uzun bir sürede ve hatırı sayılır bir bedel karşılığında yapılmakta ise sürekli edimli sözleşme olmaktadır.²³⁴ Bu bağlamda Yargıtay, yapım işleri sözleşmeleri açısından

²³⁰ Serozan, “Sözleşmeden Dönme”, s. 166; Sungurbey, İsmet: “Medeni Hukuk Sorunları”, Adalet Yayınları, İstanbul 1994, s. 466.

²³¹ Sungurbey, s. 466-467; Serozan, s. 166.

²³² Eren, s. 1286.

²³³ Yargıtay İBGK E. 1983/3, K. 1984/1. (E.A.: www.kazanci.com, E.T.: 17.03.2024) Yargıtay'ın benzer yöndeki yakın tarihli kararları için bkz.: Yargıtay, 15. H.D., E. 2018/5526, K. 2019/704; Yargıtay, HGK, E. 2012/15-1573, K. 2013/625; Yargıtay, 15. HD. E. 2019/539, K. 2019/3835.

²³⁴ Hudatlı, Orhan: “Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları” Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016, s. 15.

yüklenicinin temerrüdü halinde somut olayın gereklerine göre dönme veya fesih uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Başka bir ifadeyle eğer eserin önemli bir kısmı tamamlanmışsa ve geçmişe etkili dönme yüklenicinin faaliyetlerinde bariz bir olumsuzluk yaratacaksa fesih hükümlerinin uygulama alanı bulacağı aksi hallerde eserin az bir kısmı tamamlanmış ve cüzi bir meblağa tekabül iş yapılmışsa geçmişe etkili dönme hükümleri uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir.²³⁵

Kanaatimizce de Yargıtay'ın somut olayın gereklerine göre dönme veya fesih hükümlerinin uygulanması yönündeki kararı, pratik açılarından yerinde olacaktır. Zira eserin belli bir kısmı tamamlandıktan sonra yüklenicinin temerrüdünden dolayı idare dönme hakkını kullandığında, sözleşmenin dönmeye göre sona erdirilmesi uygulamada pek olası değildir. Sözleşme konusu yapım işinin kaldırılması idareyi de yükleniciyi de ciddi zarara uğratacaktır. Dönmenin temel amacı olan sözleşme öncesi menfaatler dengesine gelinmesi ise mümkün olmayacaktır. Ancak bir durumun pratik açıdan uygun olması hukuki açıdan da uygun olduğu anlamına gelmemektedir.

Ani edimli bir sözleşmeyi uygulama açısından daha kullanışlı hale geldiği sebebiyle sürekli edimli sözleşmeye dönüştürmek hukuken doğru değildir. Bu durumun yapım işleri sözleşmeleri için kabulü halinde diğer sözleşmeler için de ani-sürekli edim niteliğinin bir önemi kalmayacak, taraflar pratiğe göre sözleşmenin niteliğini değiştirebilecektir. Halbuki ani edimli sözleşmeler, edimin tek seferde yapıldığını ifade etmekte ve buna göre hüküm ve sonuç doğurmaktadır.

Ayrıca iade borcu yapım işleri sözleşmeleri için imkansızdır. Kanun koyucu, böyle bir imkansızlığın olması halinde taraflar arası menfaat dengesinin sağlanması için tazminat ödenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Böylece taraflar sözleşme öncesi durumlarına geri dönebilmektedir. Bu hüküm uyarınca yapım işleri sözleşmelerinde yukarıda da belirtildiği üzere müteahhite oran bedeli üzerinde karı ödenmemektedir. Zira eğer kar ödenirse fesih

²³⁵ Ürem, Müge: "Eser Sözleşmesinde Erken Dönme", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 34.

hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda ani edimli sözleşme niteliği ile bağdaşmayacaktır.²³⁶

2.2.1.2.5. Fesih

2.2.1.2.5.1. Fesih Kavramı ve Hukuki Niteliği

Geniş anlamda borcu sona erdiren sebeplerden biri de fesihtir. Fesih, sürekli edimli sözleşmelerinin geleceğe etkili olarak sona ermesini sağlamaktadır. Sözleşmenin taraflarından birinin tek taraflı irade beyanının yeterli olduğu fesih hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Fesih, muhatabın hâkimiyet alanına varmasıyla hüküm ve sonuç doğurmakta, bu hakkın kullanımı için herhangi bir şart aranmamaktadır. Fesih hakkı da iptal ve dönme gibi kullanıldıktan sonra geri alınamamaktadır.²³⁷

Fesih hakkı kanuni olabileceği gibi sözleşmeden de doğabilmektedir. Kanunda, ilgili hükümler genel olarak düzenleyici nitelikte olduğu için taraflar aksini kararlaştırabilmektedir. Bununla birlikte kanun koyucu sözleşmenin zayıf tarafını korumak için emredici hükümler de getirebilmektedir. Özellikle hizmet ve kira sözleşmelerinde, sözleşmenin görece zayıf tarafı işçi ve kiracının korunması adına fesihle ilgili birçok emredici hüküm bulunmaktadır.²³⁸

Fesih, bir tasarruf işlemidir. Zira sürekli borç ilişkisinin sona ermesinde doğrudan etkilidir. Bu kapsamda fesih iradesine sahip tarafın, tasarruf işlem yetkisine de sahip olması gerekmektedir.²³⁹

²³⁶ Demirboğa, s. 69-70.

²³⁷ Eren, s. 1285; Tunçomağ, s. 1157; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 965; Serozan, “Sözleşmeden Dönme”, s. 121; Seliçi, s. 115

²³⁸ Eren, s. 1285-1285; Serozan, “Sözleşmeden Dönme”, s. 121-122; Tunçomağ, s. 1158; Oğuzman/ Öz, s.411.

²³⁹ Seliçi, s. 116.

2.2.1.2.5.2. Fesih Türleri

Fesihte ayırım beyanın muhataba ulaşılmışından sonra sona erme süresine göre yapılmaktadır. Bu bağlamda muhataba ulaştıktan belli bir süre sonra sözleşme sona eriyorsa olağan fesih; muhataba ulaştığı an sözleşme sona eriyorsa olağanüstü fesih varlığından söz edilmektedir.²⁴⁰

Olağan fesih, sürekli edimli sözleşmelerin sonsuza dek devam etmesinin ve tarafları bağlamasının önüne geçmektedir. Kural olarak belirsiz süreli olarak düzenlenen sürekli edimli sözleşmelerin, tarafların herhangi bir sebebe dayanmadan ihbar süresinin²⁴¹ sonunda sözleşmeyi sona erdirebilmesini sağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle sözleşme, fesih iradesinin muhataba ulaşmasından belli bir süre sonra sona ermektedir. Zira kanun koyucu ihbar süresi ile sözleşmenin tarafları arasındaki menfaat dengesini korumakta ve sözleşmenin karşı tarafının sözleşmenin sona ermesinin sonuçlarına hazırlıksız yakalanmamasını sağlamaktadır. İhbar süresi dolana kadar sözleşme geçerliliğini korumaya devam etmekte ve tarafları bağlamaktadır.²⁴²

Olağan fesih hakkı, geçerli bir sözleşmenin²⁴³ varlığı halinde kullanılabilir. Başka bir şartın varlığı aranmamaktadır. Olağan fesih hakkı, geleceğe etkilidir.²⁴⁴

²⁴⁰ Eren, s 1286; Seliçi, s. 111-113.

²⁴¹ İhbar süresi, fesih bildirimini karşı tarafa ulaşması ile başlayan ve varsa kanundaki emredici hükümler ile yoksa tarafların ortak iradeleri ile kararlaştırılan süreyi ifade etmektedir. İhbar süresi sonunda fesih, hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Özellikle iş ve hizmet sözleşmelerinde karşımıza çıkan ihbar süresi, süreye uymayan tarafa tazminat ödeme yükümlülüğü yüklemektedir.

²⁴² Seliçi, s. 132; Eren, s. 1286; Bilir, s. 75-76.

²⁴³ Fesih, geçerli sözleşmeleri geleceğe etkili olarak sona erdirmektedir. Geçerli olmayan sözleşmeler, kesin hükümsüzlük hükümleri gereğince fesih hakkı kullanılmadan da hükümsüzlük hükümleri ile sona erdirilebilmektedir.

²⁴⁴ Seliçi, s. 132; Eren, s. 1286.

Olağan fesih hakkı dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılmalıdır. Hakkın kötüye kullanılması²⁴⁵ halinde, hakkı kötüye kullanan taraf hukuken korunmamaktadır. Bu kapsamda ilk seçenek fesih hakkını kötüye kullanan tarafın diğer tarafın zararlarını tazmin etmesidir. İkinci seçenek ise fesih işleminin geçersiz olması ve sözleşmenin devam etmesidir.²⁴⁶

Olağanüstü fesih, fesih beyanının muhataba varmasıyla sözleşme ilişkisini derhal sona erdirmektedir. Tarafların sözleşme ile kurmuş oldukları güven ilişkisinin zedelenmesi sonucunda sözleşmeye devam etmenin mümkün olmadığı olağanüstü fesih, haklı nedenle fesih olarak da adlandırılmaktadır.²⁴⁷

Haklı nedenle fesih ilişkisinin mevcut olabilmesi için sözleşmenin taraflardan biri için çekilmez hale gelmesi gerekmektedir. Çekilmezlik halinin de kural olarak sözleşmeyi anında sona erdirebilir nitelikte olması gerekmektedir.²⁴⁸ Bu bağlamda kanunda düzenlenen her fesih hakkı olağanüstü fesih kapsamında değerlendirilmemektedir. Çekilmezlik halinin varlığı aranmaktadır.²⁴⁹

Haklı nedenle fesih hakkı da olağan fesih gibi geleceğe etkili olmanın yanı sıra bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir.²⁵⁰ Haklı nedenle fesih, kural olarak sürekli edimli sözleşmelerde uygulanmaktadır. Ancak yukarıda da bahsi geçen sürekli borç ilişkilerine tabi tutulan ani edimli sözleşmelerde, sözleşmenin niteliği gereği haklı nedenle fesih uygulama alanı buluyorsa bu sözleşmeler için de haklı nedenle fesih geçerli olduğunun

²⁴⁵ Fesih hakkının kötüye kullanılması ile haksız fesih birbirinden farklı kavramlardır. Haksız fesihte fesih hakkı doğmamasına rağmen taraf fesih hakkını kullanmaktadır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasında ise fesih hakkı doğmuş olmakla birlikte hak sahibi bu hakkı dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanmaktadır.

²⁴⁶ Seliçi, s. 149-150; Bilir, s. 76.

²⁴⁷ Oktay Özdemir, Saibe: “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Ermesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2019, s. 212-213; Eren, s. 1286; Seliçi, s. 156; Serozan, “Sözleşmeden Dönme”, s. 122.

²⁴⁸ Oktay Özdemir, s. 215-216.

²⁴⁹ Haklı sebeple fesih kapsamında girmeyen fesih halleri için ayrıca bkz.: Oktay Özdemir, s. 214-218.

²⁵⁰ Eren, s. 1286; Seliçi, s. 150; Oktay Özdemir, s. 215.

kabulü gerekmektedir.²⁵¹ Özellikle eser sözleşmeleri açısından haklı sebebin varlığı halinde sözleşme ani edimli olsa²⁵² dahi sözleşme haklı sebeple derhal sona erebilmektedir.²⁵³

2.2.1.2.5.3. Kamu İhale Sözleşmeleri Açısından Fesih

Kanun koyucu fesih kavramını özensiz kullanmaktadır. Bunun en büyük örneklerinden birini de KİSK'in üçüncü bölümü "Sözleşmede Değişiklik, Sözleşmenin Devri ve Fesih" başlığı altında görmekteyiz. Kanun koyucu sona erme hallerinin tamamını fesih olarak nitelendirmekle birlikte sona erme halinin sonuçlarına dikkat etmemektedir. Zira dikkat etmiş olsaydı dönme kavramının kullanılması gereken yerleri fesih ile ifade etmezdi. Bu tarz kavramsal karmaşa uygulamada sorunlar çıkmasına yol açmakla birlikte kanun koyucunun kastı net anlaşılmadığı için uyuşmazlıkların çözümünde de problemler oluşturmaktadır. Kanaatimizce kanunda yapılacak teknik bir değişiklik, kafa karışıklıklarını ortadan kaldıracaktır.

Peki hukuki fesih kavramının sözleşmeler üzerindeki etkisi nedir? Bunun için kamu ihale sözleşmelerinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Zira genel olarak mal alım sözleşmeleri ani edimli, hizmet sözleşmeleri ise sürekli edimli sözleşmelerdir. Yapım işleri sözleşmeleri ise Yargıtay'ın kabulüne göre karma yapılı bir haldedir.²⁵⁴ Fesih için sürekli edimli sözleşmeler için geçerli olduğunun kabulünde ani edimli kamu ihale sözleşmeleri açısından KİSK fesih hükümlerinin uygulanmayacağını söylemek doğru olmayacaktır. Zira kanun koyucunun kavramsal karmaşa sonucunda sona erme hallerinin tamamını fesih ile nitelendirmekte ve ani edimli kamu ihale sözleşmelerine ait sona erme hallerini de bu başlık altında incelemektedir.²⁵⁵

²⁵¹ Oktay Özdemir, s. 218.

²⁵² Eser sözleşmelerinin niteliği "Dönme" başlığı altında detaylıca anlatılmıştır. Ayrıca bakınız.

²⁵³ Yargıtay 15. HD., 2014/6401 E., 2014/4590 K., 30.6.2014 T. kararı.

²⁵⁴ Yapım işleri sözleşmelerinin (eser sözleşmelerinin) niteliğine ilişkin tartışmalar için "Dönme" başlığını inceleyiniz.

²⁵⁵ Doğanıyğit, Saadetin: "Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi ve Tasfiye İşlemleri", Mali Hukuk Dergisi, S.: 104, Yıl: 18, Ankara 2003

Kamu ihale sözleşmelerinin olağan fesihle sona ermesi için tarafların herhangi bir neden sunması gerekmez. Sürekli edimli sözleşmelerin pratikte sonsuza dek devam etmeyeceğinden hareketle taraflardan biri, sözleşmeyi bitirmek için tek taraflı olarak beyanda bulunmakta ve beyan muhataba ulaştıktan sonra ihbar süresi sonunda sözleşme sona ermektedir. Sözleşmeler açısından belirsiz süreli olma uygulamada pek sık rastlanan bir durum değildir. Zira KİSK m. 7’de sözleşmede olması gereken unsurlar sayılırken sözleşme süresinin belirtilmesi zorunlu tutulmuştur. Ayrıca KİK m. 27’de ihale konusu işin başlama ve bitirme tarihi, yapılma yeri, teslim şartlarının da bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda kamu ihale sözleşmeleri açısından olağan fesihle sona erme mümkün olmayacaktır.²⁵⁶

Olağanüstü fesih diğer adıyla haklı fesihle kamu ihale sözleşmelerinin sona erme halleri ise KİSK m. 17 ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu başlığı altında bu husus detaylıca anlatılacaktır.

2.2.2. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Sona Erme Sebepleri

Kamu ihale sözleşmeleri KİSK’in üçüncü bölümünde “Sözleşmede Değişiklik, Sözleşmenin Devri ve Fesih” başlığı altında TBK’dan ayrı özel sona erme hallerini düzenlemektedir. Fesih prosedürü, özellikleri ve hukuki sonuçları da yine aynı kanunda, tip sözleşmelerde ve YİĞŞ ile HİĞŞ ayrıntılı şekilde işlenmiştir. Yükleniciden kaynaklı, KİSK’de düzenlenen sona erme halleri, sözleşmenin izinsiz devri; yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti; yüklenicinin mali acz içinde bulunması; yüklenicinin temerrüdü; yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarda bulunmasıdır.

²⁵⁶ HİĞŞ ve YİĞŞ’de süre uzatımı için öngörülen hükümler sözleşmeyi belirsiz süreli hale getirmemektedir. Zira süre uzatımı işin vaktinde tamamlanmaması halinde kanundaki ve ilgili şartnamelerdeki şartların sağlanması ile yükleniciye işi tamamlaması için verilen ek bir haktır. Verilen ek sürenin sonunda sözleşme sona ermektedir. Belirsiz süreli sözleşmelerde ise sözleşmenin ne zaman sona ereceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır.

2.2.2.1. Sözleşmenin İzinsiz Devri

2.2.2.1.1. Genel Olarak

KİSK m. 16’da sözleşmenin devri düzenlenmiştir. Kanun hükmüne göre sözleşmenin başka bir yükleniciye devri ancak zorunlu hallerde mümkün olmaktadır. İhale yetkilisi idare, zorunlu halin varlığının kendisine bildirilmesinden sonra yazılı izin verirse devir işlemi gerçekleşmektedir. Aksi halde idarenin yazılı izni olmadan yüklenicinin sözleşmeyi başka bir yükleniciye devretmesi mümkün değildir. Değişiklik gerçek veya tüzel kişilik ile ortaklık değişikliklerini de kapsamaktadır.

Sözleşmenin devri TBK m. 205’de düzenlenmekte olup sözleşmeye ait bütün hak ve borçların başkasına geçmesini ifade etmektedir. Sözleşmenin diğer tarafının iznine veya sonradan onayına bağlı olarak yapılan devir işleminin geçerliği sözleşmenin geçerliliği kurallarına tabidir. Sözleşmenin devrinde, KİSK’de bulunan özel hükümler ile birlikte TBK hükümleri de geçerli olacaktır.²⁵⁷

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda sözleşmenin devrine ilişkin hükümler nedeniyle “*ihale komisyoncuları*”²⁵⁸ türemiştir. İhale komisyoncuları, neredeyse tüm ihalelere katılmakta ve ihale üstüne kaldıktan sonra ihaleyi başka bir yükleniciye devrederek kar elde etmekte idi. Bu durum hem ihale sürecini anlamsız kılmakta hem de diğer isteklileri hak kaybına uğratmaktaydı. Bu nedenle KİSK, sözleşmenin devrini DİK’e göre daha katı şartlara bağlamıştır. Özellikle de süre şartı ile ihale komisyonculuğunun önüne geçilmek istenmiştir.²⁵⁹

²⁵⁷ Oğuzman/ Öz, s. 598.

²⁵⁸ Kanunun genel gerekçesi (E.A.: www.tbmm.gov.tr E.T.:20.03.2024)

²⁵⁹ Demirboğa, s.99.

2.2.2.1.2. Sözleşmelerin Devir Şartları

Sözleşmelerin devrine ilişkin şartlar kanun hükmünde açıkça düzenlenmekle birlikte düzenleme olmayan noktalar genel kanun olan TBK hükümleri ile tamamlanmaktadır. Bunun ilk örneğini, devreden yüklenicinin sorumluluğu noktasında görmekteyiz. KİSK, devreden yüklenicinin sorumluluğu hakkında bir hüküm öngörmemektedir. Bu bağlamda TBK kapsamında yüklenici tüm haklarını ve borçlarını diğer yükleniciye devretmekte ve sorumluluktan kurtulmaktadır.²⁶⁰

KİSK, devreden yüklenicinin devirden sonra bir daha kamu ihale sözleşmesi devretmesine ilişkin süre öngörmekle birlikte bir sözleşmenin kaç defa devredileceğine ait bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin, idarenin izni ile birden fazla devredilmesi mümkündür.

Kamu ihale sözleşmeleri açısından sözleşmenin mahiyetine göre kimi zaman sözleşmenin kurulabilmesi için noter onayı gerekmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin devri için kurulan “devir sözleşmesinde” noter onayı her halükârda bulunmalıdır. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin kuruluşunda noter onayı aranmasa dahi devir sözleşmesinde aranmaktadır.²⁶¹ Kamu İhale Kurulu 17.01.2003 tarih ve 2003/DKK.D-8 nolu Düzenleyici Kurul Kararı’nda da bu durum açıkça düzenlenmiştir.

Kamu İhale Genel Tebliği (KİGT) m.27 noter onay şartının yanı sıra *“kısmi teklife açık gerçekleştirilen bir ihalede bir yüklenici ile birden fazla sözleşme yapılan durumlarda; devreden, sözleşmelerin tamamını veya sadece sözleşmelerinden birini bir tek istekliye*

²⁶⁰ Sorumluluğa ilişkin özel kanun hükümleri saklı tutulmaktadır.

²⁶¹ Demirboğa, s. 101; Gök, s. 550-551; Uyanık, Nedim: “İnşaat Sözleşme Yönetimi”, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 776-777; 15.08.2003 tarihli 4964 sayılı Kanun ile devredilen sözleşmelerin notere tasdik zorunluluğu KİSK’ten kaldırılmış olmakla birlikte KİGT ile tekrar getirilmiştir. KİGT m.27/3; *“Sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde, aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. Devir tarihi, devir sözleşmesinin noterce onaylandığı tarihtir.”*

*devredeceğini*²⁶² şartını getirmiştir. Buna göre yüklenici, idare ile imzalamış olduğu sözleşmelerden birini veya tamamını başka bir yükleniciye devredebilmektedir. Ancak bunun için ihalenin kısmi teklif usulü ile yapılması ve sözleşmelerin tamamının tek bir ihale ile gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

KİSK m. 16 uyarınca şartlar ise;

2.2.2.1.2.1. Zorunlu Halin Varlığı

Sözleşmenin devri için KİSK m. 16 uyarınca bulunması gereken ilk şart, zorunlu halin varlığıdır. Zorunlu hal, yüklenicinin sözleşmeyi ifa edemeyeceği düzeyde bir zorunluluk barındırmalıdır. Aksi halde keyfi olarak yüklenicinin, sözleşmeyi devretmesi kanunen mümkün değildir. Zorunlu hal yüklenicinin kusurundan doğabileceği gibi sözleşme konusu işin niteliğinden de doğabilmektedir. Bu durumda başka bir yüklenicinin bu zorunlu hale takılmadan sözleşmeyi gerçekleştirebilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle devralan yüklenicinin de devraldığı tarihte zorunlu hale takılmaması gerekmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin devir sayısına ilişkin kanun koyucu bir sınırlama getirmediği için devralan yüklenici de sözleşmeyi devraldıktan sonra zorunlu bir hal ile karşılaşmasında sözleşmeyi başka yükleniciye devredebilmektedir.

2.2.2.1.2.2. İdarenin İzni

İhaleyi yapan idarenin, sözleşmenin karşı tarafı olarak sözleşmenin devrine yazılı olarak izin vermesi gerekmektedir. TBK çerçevesinde de öngörülen izin²⁶³, sözleşmenin

²⁶² KİGT, m. 27/4.

²⁶³ TBK, izin veya onayın devir işleminden sonra da alınabileceğini öngörmektedir. Ancak KİSK izinin devir sözleşmesinden önce mevcut olması şartını aramaktadır.

devrinden önce idareden alınmalıdır. Zira idarenin onayı olmadan devir sözleşmesinin noterde onayı da mümkün olmamaktadır.²⁶⁴

İdarenin izni, ihale sonucu yapılan sözleşmelerde özel olarak aranmaktadır. Çünkü ihaleye güven ve belirlilik ilkeleri kapsamında sözleşmenin yüklenicisinin değişimine ilişkin bir husus kamu yararını ilgilendirmektedir. İdare, kamu zararının oluşmaması ve ihale komisyonculuğu gibi mesleklerin türememesi için devir işlemlerini kontrol altında tutmaktadır.

2.2.2.1.2.3. Devralan Yüklenicinin Devreden Yüklenici ile Aynı Şartlara Haiz Olması

Devralan yüklenici ihale dokümanında ve teknik şartnamelerde aranan mali, teknik ve mesleki şartlara haiz olmalıdır.²⁶⁵ Zira ihale sürecinde yüklenicilerden aranan bu şartların devralan kimse de olmaması ihale sürecini anlamsız kılacak ve şartları sağlamayan isteklileri de ilerleyen süreçte sözleşmelerin bir parçası haline getirebilecektir.

İhale sürecine güven ilkesi gereğince devralan yüklenici, ihale dokümanındaki şartların yanı sıra ihale üstünde kalan isteklinin şartlarını da içinde bulundurmalıdır. Çünkü ihale üstünde kalan istekli, ihaleye katılan diğer isteklilerden farklı olarak teknik, mali ve mesleki şartlara haiz olduğu için ihaleyi kazanabilmiştir. Dolayısıyla devralan yüklenicinin de bu şartları içinde barındırması gerekmektedir. Aksi halde ihale sürecine güven zedelenecek ve diğer istekliler hak kaybına uğrayacaktır.

²⁶⁴ Kaplan, s. 380; Sayın, s. 800; Gök, s. 550- 551.

²⁶⁵ Bilir, s. 156; Demirboğa, s. 102.

2.2.2.1.2.4. Yüklenicinin Üç Yıl İçinde Başka Bir Sözleşmeyi Devretmemiş veya Devralmamış Olması

Yukarıda da bahsedildiği üzere DİK döneminde ihale komisyonculuğu sıkça rastlanan bir sorun olmakta ve kişiler ihaleye katılıp ihaleyi kazandıktan sonra başka yüklenicilere devrederek kar elde etmekteydi. Hem kamu yararının korunması hem de ihaleye güvenin zedelenmemesi için yeni kanunda, yüklenicinin üç yıl içinde yalnızca bir kez sözleşmeyi devredebileceği öngörülmüştür. Böylece devir gerçekten zor halde kalan yüklenicilerin kullanacağı bir müessese haline getirilmiştir.²⁶⁶ Devre ilişkin üç yıllık süreye uymayan yükleniciler ise KİSK m. 26 kapsamında ihalelere katılmaktan yasaklanmaktadır.

2.2.2.1.3. Sözleşmenin Usulsüz Devrinin Sonuçları

Sözleşmenin usulüne uygun olarak devredilmesi halinde devreden yüklenici açısından sözleşme, ileriye dönük olarak sona ermektedir.²⁶⁷ Dürüstlük kuralları gereği yüklenicinin sözleşme devredilmeden önce kazandığı hakların ve üstlendiği yükümlülüklerin devir ile ortadan kalkması düşünülemez. Bu kapsamda usulüne uygun devir, ileriye etkili fesih ile benzer hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Ayrıca devralan yüklenici sözleşmeyi imzalarken KİSK hükümleri çerçevesinde kesin teminatı vermek zorundadır.

Sözleşmenin usulsüz devrinde ise hem devralan hem de devreden, KİSK m. 16 uyarınca ihaleye katılmaktan yasaklanmaktadır. Yasaklanma hali, usulsüzlüğün niteliğinden dolayı geçici yasaklanma şeklindedir. Sürenin sonunda yükleniciler tekrardan ihalelere katılabilmektedir.

²⁶⁶ Deynekli, Adnan: “İhale Sözleşmelerinin Devrinden Kaynaklanan Sorunlar”, Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler, Bilge Yayınevi, 2014, s. 150-151.

²⁶⁷ Yargıtay, 13. HD., E. 2010/3584 K. 2015/2652 T. 25.6.2015 kararı.

Sözleşmenin usulsüz devrinin bir diğer sonucu ise kesin teminatın kaybedilmesidir. Usulsüz devreden yüklenici, sözleşmeyi imzalamadan önce vermiş olduğu kesin teminatı kaybetmektedir. Bununla birlikte usulsüz devralan da devralırken kesin teminat verdiyse aynı şekilde kesin teminatı kaybetmektedir.²⁶⁸

KİSK m. 20 uyarınca sözleşmenin usulsüz olarak devredilmesi halinde idarenin usulsüz devri öğrenmesiyle sözleşmeyi fesih hakkı doğmaktadır. Fesih kavramı, yukarıda da belirtildiği üzere kanun koyucu tarafından özensiz kullanıldığı için sözleşmenin usulsüz devrinde ani edimli sözleşmeler için dönme hükümleri, sürekli edimli sözleşmeler için ise fesih hükümlerinin uygulanacağını anlaşılmalıdır. Sona erme işlemleri KİSK m. 22 gereği idarenin, usulsüzlüğü öğrendikten sonra yedi gün içinde fesih/dönme kararını almasıyla başlamaktadır. İdare, kararı aldıktan sonra beş gün içinde yükleniciye tebliğ etmek zorundadır. Sözleşmenin sona erme hüküm ve sonuçları ise usulsüzlüğün öğrenildiği tarihten itibaren doğmaktadır.²⁶⁹

2.2.2.2. Yüklenicinin Ölümü, İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkumiyeti Sebebiyle Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi

KİSK m. 17 de sayıldığı üzere yüklenicinin ifasını engelleyecek durumların varlığı halinde sözleşmenin feshedilmesi gerekmektedir. TBK çerçevesindeki sözleşmelerde, KİSK m. 17’de sayılan hallerden birinin varlığı halinde sözleşmenin feshi gibi ağır bir yaptırım uygulanmamaktadır. Zira fesih ile taraf ciddi zarara uğramaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu, kamu ihale sözleşmelerinin niteliğinden dolayı bahsi geçen sona erme hallerinin varlığı halinde feshi uygun görmüştür. Özellikle kamu yararı amacıyla kurulan bu sözleşmelerde, yüklenicinin ifasını engelleyecek bir durumla karşılaşılması halinde kamunun herhangi bir zarara uğramaması için getirilen fesih ile sona erme şartı getirilmiştir.²⁷⁰

²⁶⁸ Demirboğa, s. 103-104; Sayın, s. 801; Ateş, s. 490-491; Bilir, s. 157-158.

²⁶⁹ Demirboğa, s. 104-105; Bilir, s. 158-159; Kaplan, s. 380.

²⁷⁰ Demirboğa, s. 105; Kaplan, s. 380; Bilir, s. 160.

Aşağıda yüklenicinin ifa engellerini tek tek incelenecektir.

2.2.2.2.1. Yüklenicinin Ölümü

Yüklenicinin ölümü, yüklenicinin gerçek kişi olduğu durumlarda geçerli bir sona erme halidir. TMK m. 28 uyarınca gerçek kişi ölüm ile kişiliğini kaybetmektedir. Kamu ihale sözleşmeleri açısından gerçek kişinin kişiliğini kaybetmesi fesih nedeni olarak görülmekte iken tüzel kişinin kişiliğini kaybetmesi ile ilgili bir düzenleme bulunmaması kanuni bir boşluk oluşturmaktadır. TMK²⁷¹, TTK²⁷² ve diğer özel kanunlar²⁷³ kapsamında özel tüzel kişiliği sona erdiren sebeplerin oluşması halinde veya kamu tüzel kişiliğinin infisah²⁷⁴ veya fesih ile sona ermesi halinde, Kamu ihale sözleşmelerinin durumuna ilişkin bir netlik bulunmamaktadır.²⁷⁵ Kanaatimizce sık sık değişen KİK ve KİSK'e bu konuya ilişkin hüküm eklenmesi gri alanı da ortadan kaldıracaktır.

Yüklenici hakkında ölüm karinesi veya gaiplik kararı verilmesi halinde ise kanaatimizce yüklenicinin ölümüne ilişkin hükümler kıyasen uygulanmalıdır.

²⁷¹ TMK'nın ilgili hükümleri uyarınca tüzel kişilik dağılmakta veya fesih edilmektedir. Fesih, tüzel kişiliğin kendi organları ile aldığı kararı ifade etmekte iken dağılma kanun ya da kuruluş işleminde yer verilen nedenlerin gerçekleşmesi ile sona ermeyi ifade etmektedir.

²⁷² TTK m. 134-194 arasında ortaklığı sona erdiren sebepler düzenlenmektedir.

²⁷³ Örneğin; Kooperatifler Kanunu m. 84-85 ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 22 tüzel kişiliğin sona erme hallerini düzenlenmiştir.

²⁷⁴ Sayın, s. 804; "İnfisah gerek sözleşmede gerekse mevzuatta öngörülen bir şartın gerçekleşmesi nedeniyle sözleşmenin ortadan kalkmasını ifade etmektedir. Kamu İhale Sözleşmeleri bakımından sözleşmenin, idare ile yüklenicinin karşılıklı uygun görüşü ile feshedilmesi mümkün değildir. Karşılıklı feshin gerçekleşmesi durumunda hazine herhangi bir zarara uğrar ise; zarar Borçlar Kanunu hükümleri karşısında yükleniciden alınamayacağından, idare elemanlarının mali sorumlulukları çerçevesinde Sayıştay tarafından hazine zararının sorumlularından tazminin tahsiline hükmedilecektir."

Sayıştay, 1.D. 11.01.1996 T., 6068 nolu Tutanak; "2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda idareyle müteahhit arasındaki sözleşmenin karşılıklı olarak feshedilmesi sağlayan bir madde mevcut olmadığından böyle bir uygulama durumunda kesin teminatın gelir kaydedilmesi gerekir."

²⁷⁵ Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe: "Kişiler Hukuku", Filiz Kitabevi, 8. Baskı, İstanbul 2005, s. 208; Demirboğa, s. 106.

2.2.2.2.2. Yüklenicinin Ölümünün Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

Yüklenicinin ölümünde, sözleşmeler geleceğe etkili olarak sona ermektedir. Yüklenicinin ölümüne kadar kazanılan haklar ve yükümlülükler geçerliliğini korumaya devam edecektir. Kanun hükmüne göre yüklenicinin mirasçıları, yüklenici ile aynı şartları sağlamak koşuluyla yüklenicinin ölümünden sonra 30 gün içinde sözleşmenin kendilerine devredilmesini idareden talep edebilmektedirler.²⁷⁶ Devrin şartlarının varlığı halinde sözleşme mirasçılara devredilmektedir. Bu kapsamda devir şartlarından biri idarenin izni olduğu için idare istemezse mirasçılara sözleşmeyi devretmemekte ve fesih hakkını kullanmaktadır. Ayrıca yüklenicinin idareye ödemiş olduğu kesin teminat bedeli de TMK'nın miras hükümleri gereği mirasçılara verilmektedir.²⁷⁷

2.2.2.2.3. Yüklenicinin İflası

Yüklenicinin iflası, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)²⁷⁸'nda iflasa tabi olarak sayılan kimselerin yüklenici olması halinde başvurulacak bir sona erme halidir.

Buna göre tacirler ve tacir kabul edilenler ile özel kanunlarda sayılan kimseler yüklenici sıfatına haiz olduklarında, iflasları halinde Sözleşme idarece sona erdirilmektedir. Zira Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından iflasına karar verilen kimsenin, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi, iflas masasına geçeceğinden artık idare ile imzaladığı sözleşmenin gereklerini yerine getiremeyecektir. İflas, tüzel kişiliği sona erdirmeyi için

²⁷⁶ Yargıtay, HGK, 04.07.1973 T., 405/1973 E., 1973/599 K.

²⁷⁷ Demirboğa, s. 109; Gök, s. 552-553. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Yargıtay 15. HD. E. 2016/3351, K. 2017/1921; “*Davacılar, davalı idareye yönelik, 06.2011 tarihinde verdikleri dilekçe ile vefat nedeniyle sözleşmenin feshini, teminatın iadesini ve yapılan iş bedelinin tahsilini talep etmişler; davalı idare de aynı gün aldığı kararla sözleşmenin 27. maddesi ile atıfta bulunulan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ... ve Yapım İşleri Genel Şartnamesininin 50. maddesi gereğince sözleşmenin feshine, kesin teminat mektubunun iadesine, yüklenici tarafından yapılan işlerin hakedişin düzenlenerek ödemelerin yapılmasına karar verdiği...*” (E.A.: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T.: 21.03.2024).

²⁷⁸ R.G., T.: 19.06.1932, S.: 2128

tüzel kişiliğin sona ermesi durumunda yüklenicinin iflasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması mümkün değildir.

2.2.2.2.4. Yüklenicinin İflasının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

YİĞŞ m. 49, hükmü ile yüklenicinin iflası halinde hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemektedir. Buna göre yüklenicinin iflası halinde iflas kararının mahkemece verilmesinden itibaren idare, yedi gün içinde fesih/dönme²⁷⁹ kararını vermekte ve beş gün içerisinde de iflasa uğramış yükleniciye bildirmektedir.

Ayrıca yüklenicinin vermiş olduğu kesin teminat, idarece gelir olarak kaydedilmektedir. İdarenin alacakları ve borçları da İİK kapsamında iflas masasına kaydedilmektedir.²⁸⁰ Kanun koyucu, yüklenicinin ihalelerden yasaklanması sonucunu, yüklenicinin iflası halinde öngörmemektedir.²⁸¹

2.2.2.2.5. Yüklenicinin Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkumiyeti

Yüklenicinin ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti aynı yüklenicinin ölümü gibi yalnızca gerçek kişi yüklenicilerde görülen bir durumdur. Bu kapsamda gerçek kişi yüklenicinin, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti sebebiyle sözleşmeden doğan taahhütleri yerine getirememesi gerekmektedir. Aksi halde yüklenicinin ifa imkansızlığı ve zorluğu çekmeden idarenin bu sebepleri öne sürerek sözleşmeyi sona erdirmesi kanuna

²⁷⁹ Yüklenicinin iflası sonunda fesih veya dönme hükümlerinden hangisinin uygulanacağı Sözleşmenin ani edimli mi sürekli edimli mi olduğuna göre farklılık göstermektedir.

²⁸⁰ Yargıtay HGK, E., 2019/501, K. 2019/332 T.:21.03.2019; Yargıtay'ın ilgili kararına rağmen iflas masasının idarenin alacağını reddetmesi de uygulamada sıkça görülmektedir. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Bahçeci, Barış: "İflas İdaresinin Kamu Alacağının İflas Masasına Kaydını Reddetmesi Sorunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (4) 2015: 975-1014.

²⁸¹ KİSK m. 17/b.

aykırılık teşkil edecektir. Aynı şekilde yüklenicinin sözleşmeden doğan taahhütleri şahsi edim zorunluluğu gerektirmiyorsa da sözleşme sona erdirilememektedir.²⁸²

2.2.2.2.6. Yüklenicinin Ağır Hastalığı, Tutukluluğu veya Mahkumiyetinin Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi²⁸³

Yüklenicinin ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti sebebiyle sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde idare, yüklenicinin gösterdiği ve kendisinin de kabul ettiği bir vekil ile sözleşmeye devam edebilmektedir. Yüklenicinin vekil tayin edemediği hallerde genel hükümler çerçevesinde idarece yasal temsilci talep edilebilmektedir. Vekil veya yasal temsilci işbu konuya ilişkin olayın gerçekleşmesinden itibaren on gün içinde tayin edilmelidir. Aksi halde KİSK m. 20-22 hükümleri gereğince idare, sözleşmeyi fesih/dönme hükümlerine göre sona erdirmektedir.²⁸⁴

2.2.2.2.7. Yüklenicinin Ortak Girişim Olması Halinde Ölüm, İflas, Ağır Hastalık, Tutukluluk ve Mahkûmiyet

TBK kapsamında adi şirket olarak kabul edilen konsorsiyumlar ve iş ortaklıkları, güven ilişkisi çerçevesinde kurulmaktadır.²⁸⁵

²⁸² KİSK m. 17/c.

²⁸³ Demirboğa 'ya göre kanun koyucunun kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilen ölüm ile ağır hastalığı bir araya koymaması bunun yerine yüklenicinin kusuru kapsamında bulunan tutukluluk ve mahkûmiyet hali ile ağır hastalığın bir araya koyması kanun koyucunun özensizliğini göstermektedir. Kanaatimizce de bu haklı bir eleştiridir. Zira Sözleşmelerin sona erme halleri uygulamada sıkça karşılaşılan bir olgu olmasına rağmen kanun koyucunun ilgili hükümlerdeki özensizliği pratikteki sorunları daha da arttırmaktadır.

²⁸⁴ KİSK m. 17/c.

²⁸⁵ Şener, s. 83; Karayalçın, Yaşar: "Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1973, s. 150-151; Barlas, s. 79; Bilgili, Fatih: "Adi Ortaklığın Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesine Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum", Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul 2002, s. 197-213, s. 204.

TBK m. 638 uyarınca adi ortaklıkta ortaklar, ortaklığa ait borçların tamamından sorumludur. Alacaklı borcunu herhangi bir ortaktan talep edebilmektedir. Ortaklar aynı zamanda adi ortaklığın borçlarından birinci derecede sorumludur. Zira ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için ortakların sorumluluğu birinci derecede ve sınırsızdır. Diğer bir ifadeyle ortaklar, ortaklığın borçlarından tüm malvarlıkları ile sorumludur.²⁸⁶

Yüklenicinin ortak girişim olması sorumluluğa etki ettiği için ölüm, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyet ile sona erme hali, gerçek veya tüzel kişilerin işbu sebeplerle sona erme halinden farklıdır. KİSK m. 18'e göre ortak girişimi oluşturan ortaklardan birinin sözleşmeden doğan taahhüdünün yerine getirilmesini engelleyecek bir sebebe (ölüm, ağır hastalık, tutukluluk, mahkûmiyet) haiz olması halinde kural olarak sözleşme devam eder, idare sözleşme ilişkisini sona erdiremez. Ancak zikredilen sebeplerden biri, idareye pilot veya koordinatör ortak olarak bildiren ortak üzerinde gerçekleşmiş ise idare sözleşmeyi fesheder. İdare, fesih ile birlikte kesin teminatı ortaklara iade eder ve ihaleden yasaklama hükümleri hariç KİSK m. 20 ve m.22'deki hükümlerini uygulamaya koyar.

Bununla birlikte pilot veya koordinatör ortağın ölümü halinde diğer ortakların, otuz gün içinde idareye başvurarak pilot veya koordinatör ortağın sorumluluklarını yüklediklerini bildirmeleri ve idarenin bu durumu kabulü halinde sözleşme kalığı yerden devam eder. Pilot veya koordinatör ortak haricinde bir ortağın ölmesi halinde ise herhangi bir bildirimde bulunulmadan diğer ortaklar, ölen ortağın sorumluluklarını yüklenerek sözleşmeye devam ederler.

²⁸⁶ Şener, s. 83-86; Karayağın, s. 151-153; Barlas, s. 80-81.

2.2.2.3. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması Yüzünden Sözleşmenin Feshi

2.2.2.3.1. Genel Olarak

Yüklenicinin mali acz içinde bulunması KİSK m. 19'da "Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi"²⁸⁷ başlığı altında düzenlenmektedir. Acz, kelime anlamı itibariyle içinde bulunulan güçsüzlük nedeniyle üstlenilen sorumlulukları yerine getirilememe halidir.²⁸⁸ Bu bağlamda mali acz içinde bulunan yüklenicinin, mevcut ekonomik durum gereği sözleşmeden doğan sorumluluklarını yerine getirememesi bu hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir. Kamu yararının korunması amacıyla yüklenicinin içinde bulunduğu ekonomik koşullar nedeniyle idareye sözleşmeyi feshetme yetkisi veren kanun koyucu, bu durumu bazı şartlara bağlamaktadır.

2.2.2.3.2. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunmasının Şartları

2.2.2.3.2.1. Yüklenici Mali Acz İçinde Bulunmalıdır

Sözleşmelerde yüklenicinin mali acz içinde bulunması geniş yorumlanmalı ve Sözleşmeden doğan veya doğacak olan sorumlulukların yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkmalıdır.²⁸⁹ İİK kapsamında yükleniciye verilen borç ödemeden acz belgesi²⁹⁰, yüklenicinin mali acz içinde olduğunun göstergesidir.²⁹¹ İflasın ertelenmesi müessesesi ise iflası geciktiren ve borçluya, borçlarını ödemesi için bir şans daha veren uygulamadır.

²⁸⁷ Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi olarak düzenlenen başlık madde hükmünün içeriği ile uyuşmamaktadır. Yükleniciye de Sözleşmeyi feshetme hakkı verilmiş gibi bir izlenim sağlayan başlık, yüklenicinin mali aczi nedeniyle Sözleşmenin sona ermesi ile bağdaşmamaktadır.

²⁸⁸ TDK, <https://sozluk.gov.tr>.

²⁸⁹ Tunçomağ, Kenan: "Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 32, S.: 2-4, s. 884-905, İstanbul 1966, s. 887.

²⁹⁰ Borç ödemeden aciz belgesinin niteliği ve şartları Yargıtay kararlarında açıkça düzenlenmektedir. Yargıtay 11. HD., E. 2019/4105, K. 2020/2310, T.:03.03.2020.

²⁹¹ Pekcanitez'e göre yüklenicinin ödemeleri tatil etmesi de yüklenicinin mali acz içinde olduğunun göstergesidir. Ayrıca bkz.: Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin, Meral/ Özekes, Muhammet: "İcra ve İflas Hukuku", On İki Levha Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2023, s. 365.

İflasın ertelenmesinde borçlu henüz iflas etmemektedir. Bu sebeple de yüklenicinin, iflası erteleme müessesesine başvurması halinde mali acz içinde olduğu yanlışlığına düşülerek sözleşmenin feshedilmesi hukuken doğru olmayacaktır. Konkordato mehili verilmesi de yüklenici açısından iflasın ertelenmesi ile aynı hüküm ve sonuçları doğurmaktadır.²⁹²

Kamu ihale sözleşmeleri açısından yüklenicinin mali aczi, yüklenildiği taahhütleri yerine getiremeyecek boyutta olmalıdır. Diğer bir ifadeyle yüklenici İİK kapsamında acz halinde olsa bile sözleşmede kendisine düşen edimlerin ifasını yerine getirebiliyorsa, yüklenicinin mali aczinden dolayı sözleşmenin sona ermesi mümkün olmayacaktır.

2.2.2.3.2.2. Mali Aczin Sözleşme Kurulduktan Sonra Meydana Gelmelidir

KİK kapsamında ihaleye katılacak isteklilerin ihale dokümanında ve teknik şartnamede bulunan hususlar çerçevesinde ekonomik, teknik ve mesleki birikime sahip olması gerekmektedir. İstekli ayrıca KİK m. 10 gereği ekonomik ve mali durumunu da belgelendirmelidir. İhaleye katılma aşamasındaki bu şartın doğal sonucu olarak yüklenicinin, sözleşme öncesinde mali acz içinde bulunması mümkün değildir. Bu sebeple de mali aczin sözleşme kurulduktan sonra meydana gelmesi şartı usule uygun gerçekleşen her ihale için geçerlidir.²⁹³

²⁹² Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin/ Özkes, s. 365-366. Aksi görüş için bkz.: Kılıçoğlu, s. 437.

²⁹³ Gönen/ Işık, s. 244; Turguter, Necip/ Tokmaklı, Cafer: “Son Değişikliklerle Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, Ankara 2004, s. 537; KARACA, Mehmet: “Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sone Ermesi”, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 106; Bilir, s. 151.

2.2.2.3.2.3. Mali Acz ile Sözleşmeden Doğan Edimlerin İfa Edilememesi Arasında Bir İlliyet Bağı Olmalıdır

Yüklenicinin mali aczi nedeniyle sözleşmenin feshedilebilmesi için yüklenicinin mali aczi ile sözleşmeden doğan edimleri yerine getirememesi arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır.²⁹⁴ Eğer yüklenici sözleşmeden doğan taahhütlerini, mücbir sebep²⁹⁵ veya idarenin bir kusurunu nedeniyle yerine getiremiyorsa bu halde yüklenicinin mali aczi nedeniyle sözleşmenin iptali dürüstlük kurallına aykırılık teşkil edecektir.

2.2.2.3.2.4. Mali Aczin Varlığı Nedeniyle Yüklenici Sözleşmeden Doğan Taahhütleri Yerine Getirememeli ve Bu Durumu Yazılı Olarak İdareye Bildirmelidir

Yukarıda da bahsedildiği üzere yüklenici, mali acz nedeniyle sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirememelidir. Yüklenicinin mali aczinin, idareye sözleşmeyi feshetme hakkı verebilmesi için yüklenicinin bu durumu idareye yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. Aksi halde idare mali aczin varlığını bildiği halde sözleşmeyi iptal edememektedir. Bu uygulamanın sebebi idarenin keyfi hareketlerinin önüne geçmek ve yükleniciye, sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmesi için bir şans daha vermek olarak düşünülmelidir.

2.2.2.3.3. Yüklenicinin Mali Aczinin Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

Yüklenicinin mali acz içinde bulunması halinde şartların gerçekleşmesi ile idare, sözleşmeyi feshetmektedir. Kesin teminatlar ise idare tarafından gelir olarak

²⁹⁴ Gözübüyük/ Tan, s. 776; Demirboğa, s. 114.

²⁹⁵ Mücbir sebep, kişinin kusurundan bağımsız olarak ortaya çıkan önlenemez ve öngörülemeyen olguları ifade etmektedir.

kaydedilmekte²⁹⁶, sözleşme tasfiye sürecine girmektedir (KİSK m.19, benzer düzenleme YİĞŞ ve HİĞŞ’de de bulunmak suretiyle teyit edilmektedir.)

Kimi yazarlar tarafından yüklenicinin, idareye mali aczi bildirmesini yüklenicinin feshi olarak nitelendirilmektedir. Yüklenici, idareye içinde bulunduğu mali aczi bildirmek suretiyle fesih hakkını kullanmış ve işlemleri başlatmış olarak yorumlanmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, kanun koyucunun KİSK m. 19’un başlığını “Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi” olarak düzenlemesini de uygun görmektedir. Zira yüklenicinin bildirim işlemi ile fesih gerçekleştiği, idarenin herhangi bir dâhili olmadığı görüşünü öne sürmektedirler.²⁹⁷

Bizim de savunduğumuz görüşe göre ise yüklenicinin idareye yazılı olarak mali aczi bildirmesi idareye seçimlik hak oluşturan bir işlemdir. İdare, yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle sözleşmeyi feshedebilmekte veya sözleşmeye devam edebilmektedir. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin mali aczi nedeniyle sözleşmenin sona ermesi aynı diğer sona erme sebeplerinde olduğu gibi idarenin fesih kararı ile hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Zira kanunun lafzında da yüklenicinin idareye durumu bildirmesinden bahsedilmektedir. Kanun koyucu aksi yönde bir görüşü kabul etseydi yüklenicinin, idareye fesih işlemini bildirdiğini ifade ederdi.²⁹⁸

²⁹⁶ Sözleşmenin feshedilmesi sonucunda yapılacak uygulamalar Yüksek Fen Kurulu Kararı, K.N. 2010/80, K.T.: 30.09.2010.

²⁹⁷ Gönen/Işık, s. 244; Turguter/Tokmaklı, s. 538; Karaca, s. 107.

²⁹⁸ Bilir, s. 150; Uslu, Yusuf: “Yapım İşleri İhalelerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Hukuki Sonuçları”, Uzmanlık Tezi, Ankara 2006, s. 81.

2.2.2.4. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshi

2.2.2.4.1. Genel Olarak

Yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmenin feshi TBK kapsamında borçlunun temerrüdü hükümlerine ek olarak KİSK m. 20/a'da öngörülen özel şartlar ile düzenlenmektedir. Yüklenicinin temerrüdü²⁹⁹ ile sözleşmenin feshi, süresinde ifa edilememe hali ile ifa etmeme (aliud ifa³⁰⁰ ve kötü ifa) halini kapsamaktadır.³⁰¹

2.2.2.4.2. Yüklenicinin Temerrüdünün Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Yüklenicinin temerrüdünün, TBK m.117'deki düzenlenen genel hükümler çerçevesinde bazı şartları sağlaması gerekmektedir. Buna göre yüklenicinin temerrüde düşmesi için öncelikle ifası mümkün olan bir borcun olması gerekmektedir.³⁰² Kamu ihale sözleşmeleri açısından bu borç, sözleşme ile yükleniciye yüklenen edimlerinin tamamını kapsamaktadır.

Yüklenicinin temerrüdüne ilişkin diğer şart borcun muaccel olmasıdır. Alacaklı, borcun ifasını istemektedir.³⁰³ Kamu ihale sözleşmeleri açısından yüklenicinin borcu, sözleşmede düzenlenen tamamlanma tarihinin gelmesi ile muaccel olmaktadır.

²⁹⁹ Yüklenicinin temerrüdü, kusurlu imkansızlıktan farklı olarak ifa konusu şey imkânsız hale gelmemekte, ifaya ilişkin bir gecikme söz konusu olmaktadır. Ayrıca kusurlu imkansızlıkta yüklenicinin kusuru şart iken yüklenicinin temerrüdünde yüklenicinin kusuru aranmamaktadır.

³⁰⁰ Borç konusu yerine tamamen farklı bir şeyin ifa edilmesi halidir.

³⁰¹ Bilir, s. 111; Kaplan, s. 381; Demirboğa, s. 116.

³⁰² Eren, s. 1115; Oğuzman/ Öz, s. 284; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 912; Barlas, s. 21; FEYZİOĞLU, Feyzi: "Borçlar Hukuku Genel Hükümler I-II", İstanbul 1976, s. 240.

³⁰³ Eren, s. 1116; HAVUTÇU, Ayşe: "Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini", İzmir 1995, s. 24.

TBK m. 117 kapsamında borçlunun alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği öngörüldüğünden, borçlunun temerrüde düşmesinde aranan bir diğer şart, alacaklının ihtarıdır.³⁰⁴ Kamu ihale sözleşmeleri açısından idarenin ihtarı, KİSK’de özel olarak düzenlenmiştir. Borçlunun temerrüde düşmesi için *alacaklının edimi kabule hazır olması ve borçlunun edimi ifadan kaçınma hakkının bulunmaması* gerekmektedir. Ayrıca *ifanın gerçekleşmemesi borca aykırı bir davranış* olmalıdır.³⁰⁵ Tüm bu şartların varlığı halinde borçlu temerrüde düşmüş kabul edilmektedir. Kamu ihale sözleşmeleri açısından ise yüklenicinin temerrüde düştüğü kabul edilmektedir.

TBK kapsamında yüklenicinin temerrüde düşmesi ilk olarak borcun süresi içinde ifa edilememesi halinde oluşmaktadır. İhale hukukunda yüklenicinin borcuna aykırılık olarak nitelendirilen bu hal, yüklenicinin hem işe başlama borcunu hem de zamanında teslim etme borcunu kapsamaktadır.³⁰⁶ Zira yüklenicinin işe zamanında başlama borcu, teslim borcundan ayrı bir borçtur.³⁰⁷ Borcun aliud ifası ile kötü ifası da aynı şekilde yüklenicinin temerrüde düşmesine neden olmaktadır. Borcun aliud ifası ile kötü ifası KİSK m. 20’de özel olarak düzenlenmekte olup, ihale dokümanına ve sözleşme hükümlerine aykırı ifa şeklinde değerlendirilmektedir.

Yüklenicinin temerrüdü sebebiyle KİSK m.20’de düzenlenen şartlar;

³⁰⁴ Eren, s. 1116; Oğuzman/ Öz, s. 285.

³⁰⁵ Eren, s. 1120-1121.

³⁰⁶ Sayıştay TK., T.: 09.02.1993, Tutanak No: 22931; “İşin zamanında yerine getirmemiş olması nedeniyle şartname esaslarına göre sözleşmenin idare tarafından feshedilmesi sonucu; teminat mektubunun gelir kaydedilmesi gerektiği halde; bu işlemi yapmadan teminatı iade eden hesap işleri müdürünün tek başına sorumlu tutulması gerekir” (E.A.: <https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/>, E.T.: 02.03.2024).

³⁰⁷ Gök, s. 560-561.

2.2.2.4.3. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Şartları

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

Yüklenicinin borcu ve borca ilişkin ifası ihale dokümanları³⁰⁸ ile sözleşme hükümlerine göre düzenlenmektedir. İhale sürecinde hazırlanan teknik ve özel şartnameler ile sözleşme konusu iş belirlenmekte ve ihale üstünde kalan yüklenici, işin borçlusu haline gelmektedir. Bu bağlamda yüklenici, borcunu ifa ederken borç konusu yerine farklı bir şeyin ifasını gerçekleştirirse diğer bir ifadeyle aliud ifa yaparsa sözleşme ve ihale dokümanına aykırılık nedeniyle idare, sözleşmeyi feshedebilmektedir.³⁰⁹

Yahut yüklenici, sözleşme konusu şeyi ifa etmekle birlikte ifa konusunun kabul edilemeyecek derecede ayıplı olması başka bir deyişle kötü ifası halinde de idare, sözleşmeyi feshedebilmektedir. Zira yüklenici özen borcunun yanında teslim borcuna da aykırı hareket etmektedir. Bu sebeple de kamu hizmeti niteliğine haiz sözleşme konusu işin gerektiği gibi teslim edilmemesi nedeniyle kamu zararının oluşmaması için idareye verilen fesih hakkı, yüklenicinin sözleşme hükümlerine aykırılığının yaptırımıdır.³¹⁰

2.2.2.4.3.2. İdarenin İhtarı

TBK kapsamında alacaklının ihtarı, borçlunun temerrüdü için aranan şartlardan biri olmakla birlikte KİSK m.20 ile bu şartın varlığı güçlendirilmiştir. Zira TBK m.177/2 kapsamında belirli vadeli borçlarda ihtara gerek olmadığı belirtilmektedir. İşbu vadeli borçların sözleşmelerden birinde doğması halinde idarenin ihtarda bulunmadan

³⁰⁸ İhale dokümanı kavramı KİK m. 4'de; "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" şeklinde tanımlanmaktadır.

³⁰⁹ İdare fesih yerine kanunda düzenlenen seçimlik haklardan birini de kullanabilmektedir.

³¹⁰ Gök, s. 563-565; Uslu, s. 45.

sözleşmeyi feshetmesinin önüne geçilmek için kanun koyucu tarafından bu madde hükmü konulmuştur. Bu bağlamda idare, sözleşmeyi fesih hakkını kullanmadan önce, borcunu gerektiği gibi yerine getirmeyen yükleniciye yazılı olarak ihtarında bulunarak, borcunu ifa etmesini talep etmelidir.³¹¹

Yükleniciye, ihtar ile borcun ifası için en az on gün verilmektedir.³¹² Verilecek süre, işin mahiyeti ve yüklenicinin yerine getirememe sebepleri göz önünde tutularak makul ölçüde olmalıdır.³¹³ Ayrıca ihale dokümanında işin gecikmesi halinde ceza öngörülmüşse bu durum, idarenin yazılı ihtarında yükleniciye tekrar hatırlatılmalıdır.

2.2.2.4.4. Yüklenicinin Temerrüdünün Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

Yüklenicinin, borcunu ifa etmemesi (kötü ifa ve aliud ifa) veya süresinde ifa edememesi halinde idarenin seçimlik hakları doğmaktadır. İdarenin seçimlik hakları, TBK m. 125 ve KİSK m. 20 kapsamında düzenlenmektedir.

Borçlunun temerrüdü halinde alacaklının ilk hakkı, aynen ifa ve gecikme tazminatıdır.³¹⁴ Bu hakkın, kamu ihale sözleşmeleri açısından görünümü ise KİSK m.20’de özel olarak düzenlenmektedir. Buna göre idare, yüklenicinin temerrüdü halinde, yükleniciye belli bir süre vererek borcun yerine getirilmesini ve zamanında ifa edilmediği için gecikme cezası ödenmesini talep edebilmektedir.³¹⁵

³¹¹ İdarenin ihtarı yalnızca yüklenicinin temerrüdü halinde geçerlidir. Yüklenicinin yasaklı fiil ve davranışlarda bulunması halinde ihtara gerek yoktur.

³¹² KİKK, 2003/UK.Z-304 sayılı Karar; “...Kanunda verilen sürenin idare tarafından Sözleşme ile daha aza indirgenmesi ve Sözleşmenin feshi Kanuna aykırıdır.”

KİKK, 2024/DK.D-29 sayılı Karar.

(E.A: <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx> ,E.T.; 01.03.2024)

³¹³ Gök, s. 562; Demirboğa, s. 117-118.

³¹⁴ Eren, s. 1133.

³¹⁵ Yargıtay, HGK, 1991/15-340 E., 1991/467 K.; “...tüm bu nedenlerle yüklenici olan davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davacıya hiçbir indirim yapılmaksızın ödemesi, sözleşmeye, Borçlar Kanununun ilgili hükmündeki özen borcuna ve doğruluk ve güven kurallarına uygun düşer” (E.A.: <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 01.03.2024).

TBK kapsamında bulunan diğer hak ise dönme ve zararın tazminidir.³¹⁶ KİSK kapsamında bu seçimlik hal de özel olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda idare, sözleşmeyi feshederek tazminat talebinde bulunabilmektedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere kanun koyucu, KİSK kapsamında fesih kavramını özensiz kullanmıştır. Bu nedenle idarenin buradaki asıl hakkının fesih değil dönme olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde idare, dönme hükümlerine göre sözleşmeyi sona erdirerek tazminat talep edebilecektir.

2.2.2.5. Yüklenicinin Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunması

2.2.2.5.1. Genel Olarak

İsteklinin ihale sürecinde gerçekleştiremeyeceği fiil ve davranışlar KİK m. 17’de düzenlenmektedir. Yüklenicinin sözleşme aşamasında yapmaktan yasaklı olduğu fiil ve davranışlar ise KİSK m. 25’de düzenlenmektedir. İhale sürecinde ve sözleşme aşamasında yükleniciye bu tarz bir sınırlama getirilmesinin sebebi kamu yararının gözetilmesidir.

2.2.2.5.2. Yüklenicinin İhale Sürecinde Yasak Fiil ve Davranışta Bulunması

İdare hukuku kapsamında, idarenin üstün hak ve yetkilere sahip olduğu ve sözleşmenin karşı tarafının seçildiği bir süreçtir. Bu süreç boyunca idare, ihaleye katılan isteklilere karşı birtakım beklentiler içerisine girmektedir. İdarenin beklentileri, isteklinin mali, teknik ve mesleki niteliklerinin yanı sıra süreç boyunca göstereceği fiil ve davranışlarını

³¹⁶ Eren, s. 1136.

da kapsamaktadır. Bu bağlamda idarenin beklentilerinin karşılanması amacıyla kanun koyucu birtakım fiil ve davranışları yasaklamaktadır.

İhale süreci boyunca istekli açısından yasaklı fiil ve davranışlar;³¹⁷

- *“Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.”*³¹⁸
- *İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.*
- *Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.*
- *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.*
- *11 inci maddeye³¹⁹ göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.”*³²⁰

³¹⁷ KİK, m.17.

³¹⁸ İhale sürecinde yüklenici için yasaklı olan fiil ve davranışlar, TCK ihaleye fesat karıştırmaya suçunun da fiilini oluşturmaktadır. Ayrıca bkz.: Gönen/ Işık, s. 266.

³¹⁹ KİSK m. 11.

³²⁰ Kamu İhale Kurulu Kararlarına göre;

- *“Söz konusu yazı ve tutanaklardan anlaşıldığı üzere, isteklilerden bazıları, son anda ihaleye teklif vermek isteyen birkaç isteklinin teklif zarflarını, görevli memura teslim etmesini engellemeye çalışmıştır. Teklif zarflarının görevli memura teslim edilmesinin engellenmeye çalışılmasının, 4734 sayılı Kanununun 17nci maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlar kapsamında olduğu tespit edilmiştir.” (2006/UH.Z-399 sayılı Karar)*
- *“İhalede istenen kendi mutfağı olma şartının ikmali amacıyla başkası tarafından işletilen bir işyerini kendisine ait göstermek için belge ibraz eden isteklinin eylemi 4734 sayılı Kanununun 17nci maddesinin birinci fıkrasının c bendine göre sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek, yasak fiil ve davranışları kapsamındadır.” (2005/UH.Z-866 sayılı karar)*
- *“İhaleye katılan isteklilerden D. A.Ş.’nin teklif zarfında farklı tutarları içeren, imzalanmış iki adet teklif mektubu sunduğu anlaşıldığından bu fiil yasak fiil ve davranış kapsamında değerlendirilmektedir.” (2005/UY.Z-2032 sayılı Karar)*
- *“Sahte iş deneyim belgesi düzenlenmesi, 4734 sayılı Kanununun 17nci maddesinin birinci fıkrasının c bendine göre sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek yasak fiil ve davranışları kapsamaktadır.” (2004/UK.Z-693 sayılı Karar)*
- *“Yönetmelikte öngörülen gerçekleşme oranı sağlanmamasına rağmen adına iş durum belgesi düzenleyen ve teklif kapsamında sunan isteklinin ihale dışı bırakılması ve işlediği fiilin 4734 sayılı Kanunda öngörülen ‘ihalelere katılmaktan yasaklanma’ yaptırımını gerektirip gerektirmediği*

Sözleşme imzalandıktan sonra yüklenicinin, ihale sürecinde yasak fiil ve davranışta bulunduğu tespit edildiğinde kural olarak sözleşme sona ermektedir.³²¹ Zira ihale sürecindeki bir sakatlık sözleşmenin geçerliliğini de etkilemektedir. İhaleye katılan diğer isteklilerin, bahsi geçen yasak fiil ve davranış işlenmesi ise sözleşmeyi etkilememektedir.³²²

Sözleşmenin niteliğine göre yasaklı fiil ve davranışın varlığı halinde dönme veya fesih hükümleri uygulanmaktadır. Ayrıca KİSK m. 21'e göre sözleşme aşamasında bu yasak fiil ve davranışların tespitinde kesin teminat idare tarafından gelir olarak alınmaktadır.

Bu kuralın istisnası kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeye ilişkin taahhütün %80'i tamamlandıktan sonra yüklenicinin, ihale aşamasında yasak fiil veya davranış işlediği tespit edilirse, sözleşme hemen sona ermemektedir. Kamu yararının da bulunması kaydıyla;

- “İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması,
- Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması,

hususundaki takdirim ihaleyi yapan idareye ait olması nedeniyle, gerekli işlemlerin başlatılması amacıyla ihaleyi yapan idareye bildirim yapılması gerekmektedir.” (2008/UH.Z-235 sayılı Karar)

- “Kamu İhale Kanunu'nun 17nci maddesinin c bendinde sahte belge kullanmak yasak fiil ve davranış olarak hüküm altına alınmış ve yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında anılan Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanacağı düzenlenmiştir. İdare tarafından başvuru sahibinin ihaleye sunduğu TSE Uygunluk Belgesinin sahte bir belge olduğunun tespit edildiğinden söz konusu Kanun hükmü uyarınca işlem tesis edilmesinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.” (2010/UM.II-2939 sayılı Karar)
- “... Tic. Ltd. Şti. tarafından sunulan ve vergi dairesi onaylı olduğu anlaşılan Kurumlar Vergisi Beyannamesinde, ihale tarihi itibarıyla ödenmemiş sermaye olarak gösterilmesi gereken tutarın ödenmiş sermaye olarak gösterilmesinin Yönetmelik hükümlerine aykırı olduğu ve bilançonun 4734 sayılı Kanunun 17nci maddesinin c bendi uyarınca ihale komisyonunu yanıltıcı nitelikte düzenlenmiş doğru olmayan bilgi içerdiği anlaşıldığından, idarece bu yönde yapılan değerlendirmenin yerinde olduğu sonucuna varılmıştır.” (2011/UH.II-2711 sayılı Karar) (E.A.: <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, E.T.: 12.03.2024)

³²¹ DİK döneminde ise ihale sürecine ait yasaklı fiil ve davranışların Sözleşme aşamasında çıkması halinde Sözleşmenin sona ereceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bağlamda KİSK, DİK'e göre yasaklı fiil ve davranışın sonucu daha ağır yaptırımlara bağlamıştır.

³²² Demirboğa, s. 122-123; Gönen/ Işık, s. 249.

- *Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması*”³²³ halinde idare yükleniciden Sözleşme konusu işin tamamlanmasını isteyebilmektedir.

Bu sayede sözleşme sona ermeden tamamlanmaktadır. Ancak yüklenici, kesin ve ek kesin teminatını kaybetmekte ve kanundaki oran tutarında ceza ödemektedir.³²⁴ Yüklenicinin yasak fiil ve davranışının tespiti halinde sözleşmenin feshi için idare tarafından mahkemeye başvurulması gerekmemektedir.³²⁵

2.2.2.5.3. Yüklenicinin Sözleşme Aşamasında Yasak Fiil ve Davranışta Bulunması

Sözleşme aşamasında³²⁶ yüklenici açısından yasak fiil ve davranışlar aşağıdaki gibidir;

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

³²³ KİSK m.21.

³²⁴ KİSK m.21.

³²⁵ Yargıtay 15. HD., 2004/6043 E., 2005/3488 K., 09.06.2005 T. (E.A.: <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 02.03.2024).

³²⁶ Sözleşme aşaması, Sözleşme kurulduktan sonra ifanın gerçekleşerek Sözleşmenin tamamlanmasına kadar olan kısmı ifade etmektedir.

- *Sözleşmenin 16'ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.*"³²⁷

Kanunda sayılan bu hallerin varlığı halinde idare herhangi bir ihtarda bulunmadan sözleşmeyi sona erdirebilmektedir.³²⁸ Zira yüklenicinin yasak fiil ve davranışta bulunması taraflar arasındaki güven ilişkisini zedelemektedir. Ayrıca sözleşmeye devam edilmesi, kamunun idareye olan güvenini de etkileyecektir. Bu sebeple sözleşme, niteliğine göre dönme veya fesih hükümleri çerçevesinde son bulacaktır.³²⁹

2.3. YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANMAYAN SEBEPLERLE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

2.3.1. İdareden Kaynaklı Sebeplerle Sözleşmenin Sona Ermesi

2.3.1.1. Genel Olarak

Sözleşmelerin, idareden kaynaklı sona erme sebeplerine dair KİK ve KİSK kapsamında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın özel hukuka tabi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde (sinallagmatik), sözleşmeyi sona erdirme hakkının yalnızca tek tarafa verildiği düşüncesi doğru olmayacaktır. Zira eşitlik ilkesinin hâkim olduğu bu sözleşmelerde iki tarafın da sözleşmeyi haklı nedenle feshetme hakkı bulunmaktadır.

³²⁷ KİSK m. 25.

³²⁸ Yargıtay, 15. HD. 2004/6043 E., 2005/3488 K., 09.06.2005 T.; "...İdarenin 4735 sayılı Kanun m.21 kapsamına giren bir yasak fiil ve davranış tespiti yaptığı durumlarda sözleşmenin feshine ilişkin süreci re'sen işletmesi gerekli olup, bunun için mahkemeden hükmen feshe yönelik bir talepte bulunması doğru değildir..." (E.A.: <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T: 05.03.2024)

³²⁹ Demirboğa, s. 123-124.

Bu sebeple kamu ihale sözleşmeleri, idareden kaynaklı sebeplerin varlığı halinde, yüklenicinin fesih hakkını kullanmasıyla sona erebilmektedir. Özel kanun olan KİSK ve ilgili yönetmeliklerinde bu hususa ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için genel kanun olan TBK çerçevesinde yüklenicinin haklı fesih hakları belirlenmektedir.

2.3.1.2. İdarenin Temerrüdü

İdarenin temerrüdü TBK kapsamında hem alacaklı temerrüdü hem borçlu temerrüdü şeklinde olabilmektedir.

Alacaklının temerrüdü TBK m. 106'da; *“Alacaklının temerrüdü TBK m. 106'da; “Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur. Alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş olur.”* şeklinde düzenlenmektedir. Buna göre Sözleşmeler kapsamında idarenin alacaklı temerrüdü, bu madde hükmüne göre değerlendirilecektir.

İdarenin alacaklı temerrüdünün ilk görünüşü, yüklenicinin ifasını, haklı bir sebep olmaksızın kabul etmemesidir. Yüklenici, sözleşme konusu işin ifasına ilişkin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmiş olmakla birlikte idare, ifayı kabulden kaçınmaktadır. İdarenin mütemerrit olduğu yerde, yüklenici temerrüdünü gerçekleştiremeyeceği için birtakım seçimlik haklara sahip olacaktır.³³⁰

³³⁰ Akıncı, Şahin: “Alacaklının Temerrüdü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:7, Sayı:1-2, 1999, s.97-113, s. 99; Tekben, Tuğçe: “Alacaklının Temerrüdünün Hukuki Sonuçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.:22, S.: 3, 2016, s.: 2597-2621, s. 2598-2599.

Seçimlik haklardan ilki, tevdidir. TBK m. 107 gereği yüklenici, *hasar ve giderleri* idareye ait olmak üzere Sözleşme konusu şeyi *tevdi ederek borcundan kurtulmaktadır*. Yer, hâkim tarafından belirlenmekle birlikte sözleşme konusu ticari mallara ilişkin ise hâkim kararına ihtiyaç duyulmamaktadır.³³¹

Sözleşme konusu için tevdi yapılamazsa, yüklenici satış suretiyle tevdiye bulunarak borcundan kurtulabilmektedir. Satış suretiyle tevdi için TBK m. 108’de düzenlenen şartların varlığı aranmaktadır. Şartlara uymayan sözleşme konusu şeyin, satış suretiyle tevdi edilmesi halinde yüklenici borcundan kurtulamamaktadır.³³²

Yüklenicinin diğer seçimlik hakkı ise sözleşmeden dönme/fesih hakkıdır. İdare, haklı sebep olmaksızın yüklenicinin temerrüdünü kabul etmiyorsa, yüklenici dönme veya fesih hükümleri uyarınca sözleşmeyi sona erdirebilmektedir.³³³ Dönme hükümleri, sözleşme konusu iş verme borcu içeriyorsa uygulanmakta iken fesih hükümleri, sözleşme konusu işin yapma borcu içermesi halinde uygulanmaktadır.³³⁴

İdarenin alacak temerrüdünün ikinci görünüşü, yüklenicinin ifasını gerçekleştirebilmesi için hazırlıkların yapılmamasıdır.³³⁵ Daha önce de bahsedildiği üzere yüklenici, sözleşmeye uygun davranmak zorundadır. Sözleşmeye uygunluk denetimi ise idare tarafından yapılmaktadır. İdare geçici ve kesin kabul işlemleri ile sözleşme konusu şeyin denetimini, muayenesini ve kabulünü gerçekleştirmektedir.³³⁶ İdarenin, geçici ve kesin kabul işlemlerini yapmaması halinde ise idare, alacak temerrüdüne düşmektedir.

³³¹ Tekben, s. 2605; Hatemi/Gökyayla, s.252; Aybay, Aydın: “Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm”, 13. Bası, İstanbul 2011 s.128; Serozan, s. 150; Oğuzman/Öz, s. 370; Weber, Berner Kom-mentar, OR 92, N. 110.

³³² Kılıçoğlu, s. 651; Eren, s. 1022; tekben, s. 2610-2611; Oğuzman/ Öz, s. 372-373; Tunçomağ, s. 774.

³³³ TBK, m.110.

³³⁴ Demirboğa, s. 173.

³³⁵ Tekben, s. 2599; Nomer, Haluk: “Borçlar Hukuku Genel Hükümleri”, 12. Bası, İstanbul 2012, s. 238; Kılıçoğlu, s. 677; Reisoğlu, Safa: “Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 25. Bası, İstanbul 2014, s.339.

³³⁶ KİSK, “Denetim, Muayene ve Kabul İşlemleri” başlığı, m. 11.

Yüklenicinin seçimlik hakları, alacağı kabul etmeme sonucu temerrüde düşülmesi hali ile aynıdır.

İdarenin borçlu temerrüdü, sözleşme ile idareye yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sonucunda oluşmaktadır. İdarenin, sözleşmeler bakımından en önemli yükümlülüğü hakediş ödemelerinin yapılmasıdır. İdare, sözleşmenin mahiyetine göre hakediş ödemelerini tek seferde veya parça parça yapabilmektedir. Bununla birlikte borcun vadesi gelmesine rağmen ödemeyi gerçekleştirmemesi halinde idare, temerrüde düşmektedir.³³⁷

İdarenin borçlu olarak temerrüdü, yüklenicinin temerrüdü ile aynı hüküm ve sonuçları doğurmaktadır.³³⁸ Bu kapsamda KİSK m. 20 hükümleri, idarenin temerrüdü halinde kıyasen uygulanacaktır. Kıyasın mümkün olmadığı hallerde ise genel kanun olan TBK m. 125 hükmüne gidilecektir.

İdarenin borçlu olarak temerrüdü halinde yüklenici, borcun ifasını ve sözleşmede belirlenen gecikme tazminatını istemeye hak kazanacaktır. Ayrıca yüklenici, borcun ifasından vazgeçerek sözleşmenin mahiyetine göre fesih veya dönme hükümleri ile sözleşmeyi sona da erdirebilmektedir. Sözleşmenin sona ermesi halinde yüklenicinin tazminat talep etme hakkı da doğmaktadır.³³⁹

³³⁷ Benzer durum 2886 sayılı Kanunda da düzenlenmiş olmakla birlikte idarenin ödemelerde gecikme de bulunması halinde yüklenicinin Sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Gök, Yaşar: “Hakediş Ödemelerinde Nakit Yetersizliği Nedeniyle Meydana Gelen Gecikmelerde, Yüklenicinin Hakları”, Mali Yönetim ve Denetim Dergisi, Y.:2, S.:7, Ankara 2001.

³³⁸ “Yüklenicinin Temerrüdü” başlığı altında detaylıca anlatılmıştır.

³³⁹ TBK m. 125.

2.3.1.3. İdarenin Kusurlu Olduğu İmkânsızlık

İdarenin kusurlu olduğu imkânsızlık, yüklenicinin kusurlu imkânsızlık ile benzer hüküm ve sonuçları doğurmakla birlikte borçlar hukuku kapsamında borcun sona erme sebeplerinden biridir.³⁴⁰ İdarenin kusuru nedeniyle sözleşme konusu edim imkânsız hale gelmektedir. Bu noktada önemli husus, idarenin kusuru ile imkânsızlık arasında bir illiyet bağının mevcut olmasıdır. Başka bir deyişle imkânsızlık, idareye isnat edilmelidir. İdarenin kusurunun ne olduğunun veya ne şekilde gerçekleştiğinin bir önemi bulunmamaktadır.³⁴¹

İdarenin mali sıkıntılar içinde olması ise imkânsızlık kapsamında değerlendirilmemektedir.³⁴² Zira idare, ihale bütçesini talep ettikten sonra yalnızca ihale konusu sözleşme için kullanabilmektedir. İdarenin, sözleşme konusu hakedişi başka bir gider için harcaması ortaya bir imkânsızlık çıkarmamaktadır. Bu noktada idarenin borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

2.3.1.4. İdarenin Ayıplı İfada Bulunması

Ayıplı ifa, idarenin, ihale dokümanları ve sözleşmede belirtilen hususlara ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak ifada bulunmasını ifade etmektedir. İdarenin, özen borcuna aykırı davranarak ayıplı ifada bulunması aslen idarenin borçlu temerrüdü kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Buna göre TBK m. 125 ve KİSK m. 20 hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Bununla birlikte yüklenici, idarenin ayıplı ifası nedeniyle sözleşmeyi feshedebilmektedir.³⁴³ İdarenin hakediş ödemeleri dışında sahip olduğu

³⁴⁰ Eren, s. 538.

³⁴¹ Eren, s. 539-540.

³⁴² Demirboğa, s. 155-156.

³⁴³ Aral, Fahrettin: “Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa”, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 92; Özcan, Zeynep: “İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:6, Sayı:11, 2018, s. 323-324; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 758; Uçar, Ayhan: “Müteahhidin Ayıba Karşı Tekellüf Borcu”. Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 124.

yükümlülükleri gereği gibi ifa edememesi sonucunda bu hükme başvurulmaktadır. Özellikle hizmet alım sözleşmelerinde, idarece tahsis edilen işyerinin, sözleşmede belirtilen hususlara sahip olmaması halinde veya yapım işleri sözleşmelerinde, idarece tahsis edilen malzemelerin gerekli kalitede olmaması durumunda idarenin ayıplı ifası nedeniyle sözleşmenin sona erdirildiği görülmektedir.

2.3.2. Diğer Sebeplerden Dolayı Sözleşmenin Sona Ermesi

2.3.2.1. Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Diğer Sebeplerle Sona Erme

2.3.2.1.1. Kusursuz İmkânsızlık

TBK m. 136'da düzenlenen kusursuz imkânsızlık, yüklenicinin veya idarenin sorumlu olmadığı halde sözleşme konusu borcun ifasının imkânsız hale gelmesi olarak nitelendirilmektedir. Kusursuz imkânsızlığın varlığı halinde, sözleşme sona ermektedir.³⁴⁴

Bir imkansızlığın, kusursuz imkânsızlık olarak değerlendirilebilmesi için edimin sonradan imkânsız hale gelmesi ve borçlunun da bu imkânsızlıktan sorumlu tutulmaması gerekmektedir.³⁴⁵ Edimin sonradan kusursuz imkânsızlığı ile mücbir sebebin varlığı birbirini yerine kullanılan kavramlar olmakla birlikte KİSK ilgili hükümleri, HİGŞ ve sair yönetmelikler kusursuz imkânsızlığı mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin sona ermesi içinde değerlendirdiği için biz de çalışmamızda benzer bir yöntem izleyeceğiz.

³⁴⁴ Eren, s. 1325; Oğuzman/ Öz, s. 426.

³⁴⁵ Eren, s. 1325-1327; Oğuzman/ Öz, s. 426-427; Dural, s. 110. Yargıtay'ın da benzer yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay 15. HD., E. 2017/313, K. 2017/2183; "Kamu İhale Kurumu tarafından 02.08.2010 tarih ve 2010/MK-110 sayılı karar verilerek düzeltici işlem belirlenmesi gerektiğine işaret edildiğini, feshin idare mahkemesi ve Kamu İhale Kurumu kararları doğrultusunda gerçekleştirildiğini, sürecin işleyişinde davalının bir kusurunun bulunmadığını yasal prosedüre göre feshedilen ihale nedeniyle davalıya bir sorumluluk yükletilemeyeceği..." (E.A.: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T.: 21.02.2024).

2.3.2.1.2. Zamanaşımı

Zamanaşımı, TBK m. 140-161 arasında düzenlenen ve alacaklının hakkını zayıflatan bir müessesedir. Borcu sona erdirmemektedir. Zira borç zamanaşımına uğramış olsa dahi borçlu borcunu ödeyebilmektedir. Hak düşürücü süre niteliğinde olan zamanaşımı alacaklının dava hakkını elinden almaktadır. Borçluya da zamanaşımı def'i ile borcundan kaçma imkânı sağlamaktadır.³⁴⁶

Kamu ihale sözleşmeleri açısından ise zamanaşımı, tarafların, sözleşmede düzenlenen alacaklarının muaccel olma zamanlarına göre belirlenmektedir. İdarenin alacağına ilişkin zamanaşımı süresi genel zamanaşımı hükümlerine tabidir. Buna göre alacak muaccel olduktan sonra on yılda zamanaşımına uğrar.³⁴⁷

Yüklenicinin alacağına ilişkin zamanaşımı süresi ise sözleşmenin niteliğine göre farklılık göstermektedir. Buna göre;³⁴⁸

- “Kira bedelleri gibi dönemsel edimleri olan Sözleşmelerde,
- Konaklama ve yeme içme bedelleri olan Sözleşmelerde,
- Vekalet Sözleşmelerinde,
- Eser sözleşmelerinde (dolayısıyla yapım işleri sözleşmelerinde)³⁴⁹,
- Hizmet akdine dayalı sözleşmelerde (TBK m. 147/1)” zamanaşımı süresi 5 yıldır.

Yukarıda sayılan ve diğer kanunlarda özel olarak düzenlenen haller dışında yüklenicinin alacağına ilişkin zamanaşımı süresi genel zamanaşımı hükümlerine tabidir.

³⁴⁶ Zamanaşımı ile ilgili detaylı bilgi için bkz.: Erdem, Mehmet: “Özel Hukukta Zamanaşımı”, On iki Levha Yayınevi, İstanbul 2010. Bilgen, Mahmut: “Özel Hukukta Zamanaşımı”, Adalet Yayınları, Ankara 2009. Paksoy, Meliha Sermin: “Zamanaşımında Feragat”, İstanbul 2012

³⁴⁷ Kaplan, s. 267; Eren, s. 1313; Demirboğa, s. 136.

³⁴⁸ TBK, m. 147.

³⁴⁹ Yapım işleri sözleşmelerinde kural olarak zamanaşımı süresi beş yıldır. Ancak yüklenicinin ağır kusuru nedeniyle ayıplı teslim söz konusuysa, idarenin kesin kabulünden sonra zamanaşımı süresi yirmi yıldır (TBK m. 478).

2.3.2.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde Yer Alan Diğer Sebeplerle Sona Erme

2.3.2.2.1. Mücbir Sebeplerin Varlığından Dolayı Sona Erme

2.3.2.2.1.1. Genel Olarak

Mücbir sebep kavramı, Roma Hukukundaki “*vis maior*” kavramına dayanmaktadır. Vis Maior, sözleşmede bulunan edimin ifasının öngörülemez olaylar ile imkânsız hale gelmesini ifade etmektedir.³⁵⁰ Hukuk sistemimizde benzer bir tanım ile mücbir sebebi ifade etmekle birlikte borçluya isnat edilmeyen kusursuz imkânsızlığın varlığı halinde sözleşmenin sona ereceğini kabul edilmektedir.³⁵¹

Kamu ihale sözleşmeleri açısından KİSK m. 23³⁵²,de düzenlenen mücbir sebep, önlenemeyen veya öngörülmesi mümkün olmayan bir imkânsızlığın sözleşme üzerinde gerçekleşmesi ile sözleşme konusu edimin ifasının imkânsız olmasını ifade etmektedir.³⁵³

2.3.2.2.1.2. Şartları

Bir sebebin mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için belli şartları taşıması gerekmektedir. Buna göre mücbir sebebe ilişkin ilk şart öngörülemezliktir. Öngörülemezlik şartı hem hukuk sistemimizde hem de uluslararası hukukta kabul edilen bir şarttır. Bir olayının/olgunun, gerçekleşeceğinin tahmin edilememesi, bilinmemesi

³⁵⁰ DRAETTA, Ugo/ LAKE, Ralph: “Contrats Internationaux: Pathologie et Remedies”, FEDUCI/FEC, Paris 1996, s. 96. Kösoğlu, Mehmet: “Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Kızları” İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 8-10.

³⁵¹ Benzer kullanımı Alman, Fransız, İsviçre vb. hukuk sistemlerinde de görmektediriz.

³⁵² KİSK m. 23; “*Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.*”

³⁵³ Eren, Fikret: “Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1985, s. 176; Bilir, s. 168; Dural, s. 125.

olarak da ifade edilmektedir. Sözleşme kurulduğu sırada tarafların bir durumu bilmemesi, öngörememesi ancak ilerleyen dönemde olayın meydana gelerek sözleşme konusu edimi imkânsızlaştırması gerekmektedir.³⁵⁴

Basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gereken tacir yükleniciler açısından mücbir sebepteki öngörülemezlik şartı, tacirin öngörüsünün, beklentisinin üstünde bir imkânsızlığı barındırmalıdır. Tacir yüklenici, kendisinden beklenen özen ve dikkati göstermesine karşın mücbir sebebin gerçekleşeceğini bilememelidir.

Mücbir sebebin varlığı için diğer şart karşı konulmazlıktır. FIDIC Kırmızı Kitap, m.19/1; “...ortaya çıkmasından sonra bu taraflarca makul şartlar altında önlenemeyen veya üstesinden gelinemeyen...”³⁵⁵ olarak nitelendirilen mücbir sebebin oluşabilmesi için tarafların mücbir sebebin oluşmasını engelleyememesi, önleyememesi gerekmektedir.³⁵⁶ Bu kapsamda mücbir sebep, yüklenicinin önleyebilme yetilerinin üstünde olmalıdır. Yüklenici elinden gelen her şeyi yapmasına rağmen mücbir sebebin oluşmasının önüne geçememelidir.

Mücbir sebebe ilişkin bir diğer şart ise tarafların kusurundan bağımsız olarak sebebin gerçekleşmesi gerektiğidir. Diğer bir ifadeyle tarafların davranışları ile mücbir sebep arasında bir illiyet bağının olmaması gerekmektedir. Mücbir sebep, taraflara isnat edilmemeli ve taraflar sebebin önüne geçememelidir.³⁵⁷ Fiyatlardaki değişiklik mücbir sebep kapsamında değerlendirilmemektedir.³⁵⁸

³⁵⁴ Firoozmand, Mahmoud Reza: “Force Majeure Clause in Long-Term Petroleum Contracts: Key Issues in Drafting”, Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol.24, No. 3, 2006, pp. 423-438, s. 426-427; Kösoğlu, s. 24.

³⁵⁵ Hök, Götz-Sebastian: “Uluslararası İnşaat Hukuku FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) 1999 Hakkında Açıklamalar”, Çev. Gökhan Erbaş, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2009.

³⁵⁶ Kösoğlu, s. 24; Demirboğa, s.138.

³⁵⁷ Atlı, Burak Yağız: “Kamu İhale Mevzuatı Açısından Mücbir Sebeplerin İncelenmesi” (Uzmanlık Tezi), Ankara 2008, s. 32-33, Demirboğa, s. 138.

³⁵⁸ Yargıtay 4. HD., E.1970/12400, K.1970/1455; “Mücbir sebep ancak sözleşmede sonra meydana gelen ve borcun ödenmesi olanağını ortadan kaldırıp giderilmesi borçlunun elinde olmayan sebeptir. Bu bakımdan sözleşmeden sonra fiyatların yükselmesi mazaret gösterilerek, mücbir sebepten bahisle icabın yerine getirilmesi geçerli bir neden değildir. Kaldı ki, ticari hayatta kar ve zarar eşit ihtimaller olduğu ve

Mücbir sebebe ilişkin son şart ise imkânsızlıktır. Mücbir sebebin oluşması halinde sözleşme konusu edimin ifasının imkânsız hale gelmesi gerekmektedir. Taraflar tüm imkânlarını kullanmalarına rağmen sözleşme konusu edimi gerçekleştirmenin bir olanağı bulunmamalıdır. Eğer ortada bir imkânsızlık yoksa mücbir sebep gerçekleşse dahi sözleşme sona ermemektedir.³⁵⁹

2.3.2.2.1.3. Kamu İhale Sözleşmelerinde Karşılaşılan Mücbir Sebepler ve Etkileri

Kamu İhale Sözleşmeleri açısından mücbir sebep kabul edilen hususlar KİSK m. 10'da düzenlenmektedir. Buna göre KİSK kapsamındaki mücbir sebepler;

- *“Doğal afetler*
- *Kanuni Grev*
- *Genel Salgın Hastalık*
- *Kısmi veya Genel Seferberlik İlanı*
- *Gerektiğinde Kurum³⁶⁰ tarafından belirlenecek benzeri diğer haller”³⁶¹*

Mücbir sebep olarak değerlendirilen genel salgın hastalığa ilişkin örnek olarak geçtiğimiz yıllarda olan COVID-19 salgını gösterilebilir. Zira salgın, tüm dünyayı etkilemesinin yanı sıra hukuki işlemleri de sekteye uğratmıştır. Bu kapsamda kamu ihale sözleşmeleri de salgından etkilenmiş ve buna ilişkin Cumhurbaşkanlığı 2020/5 Genelgesi³⁶²

satıcının da vaktinde tedbir almış olması gerektiğinden meselenin zorunluluk hali ile izahı yapılamaz.” (Aktaran: Doğanığiit/ Güvendi, s. 1274).

³⁵⁹ Dural, s. 120-122; Kösoğlu, s. 31.

³⁶⁰ Kurum olarak kastedilen Kamu İhale Kurumudur (KİK m.4)

³⁶¹ KİSK, m.10.

³⁶² Cumhurbaşkanlığı 2020/5 Genelgesi; *“COVID-19 salgınının önlenmesi ve etkilerinin azaltılması amacıyla ülkemizde ve dünya genelinde sosyal ve ekonomik hayata ilişkin bazı tedbirler alınmaktadır. Bu kapsamda 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (istisnaları dahil) ile bu Kanundan istisna edilen düzenlemeler kapsamında gerçekleştirilen ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmelerde, COVID-19 salgını nedeniyle sözleşme konusu işin yerine getirilmesinin geçici veya sürekli olarak, kısmen veya tamamen imkânsız hale geldiğine ilişkin başvurular; yükleniciler tarafından bu durumun belgelendirilmesi suretiyle sözleşmenin tarafı olan idareye yapılacaktır. İdarelerce bu başvurular; 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10'uncu maddesi ve diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenecek ve karar alınmadan önce idarelerce Hazine ve Maliye Bakanlığının değerlendirilmesi*

yayımlanmıştır. Cumhurbaşkanlığı genelgesine göre, yüklenici, sözleşmenin imkânsız hale geldiğinden bahisle idareye başvurarak durumun incelenmesini talep edecektir. İdare, ilgili mevzuat gereği incelemesini yaptıktan sonra Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşüne başvuracak ve nihai kararını verecektir. Yüklenicinin, sözleşme konusu edimi ifa edememesinin sebebinin COVID-19 olduğunun tespiti halinde ise ya yükleniciye ek süre verilecek ya da sözleşme mücbir sebep nedeniyle feshedilecektir.

Benzer bir durum, 6 Şubat depremleri ile de karşımıza çıkmaktadır. Kamu İhale Kurumu, mücbir sebebin oluşması nedeniyle bir bildiri yayımlamış ve kamu ihale sözleşmelerinin depremden etkilenmesi halinde izlenecek yol haritası belirlenmiştir.³⁶³ Buna göre depremden etkilenen yükleniciler Kamu İhale Kurumu'na başvurmadan direkt olarak sözleşmenin karşı tarafı olan idareye başvurarak durumun tespitini talep edebilecektir. İdare de duruma göre süre uzatımı, sözleşmenin feshi veya başvurunun reddi kararı verebilecektir.

KİSK m. 10'da sayılan mücbir sebeplerden biri de Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek hallerdir. Kurum, yüklenicilerin talebi doğrultusunda somut olayı

alınacaktır. İdarelerce yapılan değerlendirme sonucunda; ortaya çıkan durumun yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesine engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi şartlarının birlikte gerçekleştiğinin tespit edilmesi üzerine süre uzatımı verilmesine veya sözleşmenin feshine karar verilebilecektir.” R.G., T.: 02.04.2020, S.: 31087,

(E.A.: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200402-21.pdf>, E.T.: 21.03.2024).

³⁶³ Kamu İhale Kurumu bildirisini; “6/2/2023 tarihinde ülkemizde meydana gelen depremler nedeniyle kamu ihale sözleşmelerinin uygulanmasında;

1) 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10 uncu maddesinde doğal afetler mücbir sebep halleri arasında sayılmış olduğundan, 6/2/2023 tarihinde ülkemizde meydana gelen depremlerden etkilenen illerde (Adana, Adıyaman, Diyarbakır, Elazığ, Gaziantep, Hatay, Kahramanmaraş, Kilis, Malatya, Osmaniye ve Şanlıurfa) yürütülen kamu ihale sözleşmelerine veya bu illerde faaliyet gösteren kişilerin diğer illerde yürüttüğü ve depremlerden etkilenen sözleşmelere ilişkin mücbir sebep talepleri için Kurumumuza ayrıca başvuru yapılmasına gerek bulunmadığı; yükleniciler tarafından idarelere mücbir sebep başvurusunda bulunulması halinde, doğrudan idareler tarafından somut olayın niteliğine göre bu hususta süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi veya başvurunun reddedilmesi seçeneklerinden birine karar verilebileceği,

2) Depremlerden etkilenen illerde ortaya çıkan ihtiyaçların karşılanması amacıyla, devam eden kamu ihale sözleşmelerinde kullanılan iş gücü, iş makinesi, teçhizat ve ekipmanların ilgili kurum ve kuruluşların koordinasyonunda bölgeye sevk edilmesine ilişkin talepler karşısında, idarelerce yüklenicilere herhangi bir cezai işlem uygulanmaksızın gereken kolaylığın sağlanması, Hususları önemle duyurulur.” (E.A.: <https://www.ihale.gov.tr/Duyuru/547/ulkemizde-meydana-gelen-depremler-nedeniyle-kamu-ihale-sozlesmelerinin-uygulanmasinda-dikkat-edilecek-hususlar-hakkinda.html>, E.T.: 21.03.2024)

inceleyerek mücbir sebep kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine karar vermektedir. Kurum incelemesini yaparken KİSK m.10'da sayılan sebepler haricinde bir sebebin, yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak sözleşmeyi imkânsızlaştırmasını aramaktadır.³⁶⁴ Kurum incelemesini KİGT m.25.3.4-5'te düzenlenen koşullar çerçevesinde gerçekleştirmektedir. Buna göre hem önlenemezlik hem öngörülemezlik şartının başvuru konusunda bulunması gerekmektedir.

Mücbir sebebin sözleşmelere etkisinin sonuçları ise sözleşmenin tarafı olan idare tarafından belirlenmektedir. İdare mücbir sebebinin niteliğine ve sözleşmeye olan etkisine göre yükleniciye süre uzatımı³⁶⁵ verebilmekte veya sözleşmenin feshine karar verebilmektedir. Süre uzatımı, genelde mücbir sebebin sözleşmeyi geçici olarak etkilediği durumlarda tercih edilen bir müessesedir. İdare, mücbir sebebin etkisinin sözleşme üzerinden kalkmasından sonra yükleniciye ifayı gerçekleştirebilmesi için makul süre vererek kamu hizmetinin devamlılığını sağlamaktadır. Fesih kararı ise sözleşmenin ifasının artık mümkün olmadığı durumlarda başvuru olan bir yöntemdir. Mücbir sebebin etkisi sözleşme üzerinden kalkmış olmasına rağmen sözleşme konusu edimin ifası artık mümkün değilse idare fesih kararı almaktadır.³⁶⁶ Sözleşmenin feshi, genel fesih hükümlerine göre yapılmaktadır.

³⁶⁴ Örneğin; 01.10.2007 tarih ve 2007/DK.D-135 sayılı Kurul kararı.

(E.A.: <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, E.T.:07.03.2024).

³⁶⁵ Sayıştay, T.K., 04/13/1993 tarih ve 22999 tutanak sayılı kararı; “Mücbir sebeplere dayalı süre uzatımlarında yüklenicinin süresi içerisinde idareye başvurması yanında mücbir sebebin varlığını ve iş üzerinde etkili olduğunun da usulüne uygun biçimde belgelendirilmesi...” (E.A.: <https://www.sayistay.gov.tr/pages/120-yargi-kararlari?lang=tr>, E.T.: 08.03.2024).

³⁶⁶ Atlı, s. 105; Bilir, s. 170.

2.3.2.2.2. İş Artışı Nedeniyle İşin Tamamlanmasının Mümkün Olmaması

2.3.2.2.2.1. Genel Olarak

İş artışı, sözleşmenin uygulanması sırasında, ihale sürecinde ve sözleşme kurulurken öngörülemeyen bir artışın ortaya çıkması olarak ifade edilmektedir. Sözleşme konusu işin tamamlanması için sözleşme uygulanırken ortaya çıkan işler, iş artışı kapsamında değerlendirilmektedir. İş artışı aynı zamanda idare tarafından ödenecek bedelin de artışı anlamına gelmektedir.³⁶⁷

4735 sayılı Kanun, değiştirilmeden önce; *“Hizmet veya yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen bir bedel artışı ile tamamlanabileceğinin tespit edilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminat ve ek kesin teminatlar iade edilir.”* Bu hüküm ile Kanun’un ilk çıktığı yıllarda iş artışı mümkün değildi ve böyle bir durumun varlığı halinde sözleşme tasfiye edilmekteydi. 2886 sayılı Kanun dönemindeki uygulamalara bir tepki olarak getirilen bu düzenleme, yaygın iş artışları, sınırsız ilave işler ile sözleşme bedelinin sürekli arttırılmasının önüne geçmeyi hedeflemekteydi. İlk başlarda 2886 sayılı Kanun dönemindeki aşırı faydacı anlayışı engelleyerek kamu zararını ortaya çıkmasının önüne geçen hüküm, beraberinde yeni sorunları getirmiştir.³⁶⁸

Özellikle herhangi bir oran öngörülmeden sözleşmenin direk tasfiye edilmesi, o zamana kadar yapılan işler bakımından hem yükleniciye hem idareye birçok zarar getirmekteydi. Ancak başta öngörülemeyen işlerin sözleşme uygulanırken ortaya çıkması işin doğası ve büyüklüğü nedeniyle doğal karşılanmalıdır. Zira makul sınırlar içinde iş artışı normaldir ve idareyi bir zarara sokmamaktadır.³⁶⁹ Bu nedenler ve gelen tepkiler sonucunda Kanun

³⁶⁷ Uyanık, s. 287; Gök, s. 467; Sayın, s. 829; Ateş, s. 352; Turgut/Tokmaklı, s. 570.

³⁶⁸ Gök, s. 467; Sayın, s. 829-830; Atlı, s. 105; 4964 sayılı Kanunun gerekçesi, (E.A.: www.tbmm.gov.tr, E.T.: 12.03.2024)

³⁶⁹ Gök, s. 467-468; Uyanık, s. 286-287.

hükmünde değişikliğe gidilerek makul sınırlar içinde iş artışı yapılması imkânı getirilmiştir.³⁷⁰

Yeni Kanun hükmüne göre, şartların sağlanması halinde Sözleşme bedeli üzerinden, Sözleşme türüne göre belli oranda iş artışı mümkündür. Buna göre, “*Anahtar teslim ve götürü bedel ile ihale edilen yapım işleri sözleşmelerinde, Sözleşme bedelinin %10’u oranında*” ve “*Birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde*³⁷¹ ise %20’sine kadar oran dahilinde” iş artışı yapılabilmektedir.³⁷²

Yapım işleri sözleşmelerine dair iş artışının temeli TBK m. 480’e dayanmaktadır. TBK’daki düzenlemeye göre yüklenici, iş artışı gerektiren bir durum olmasına karşın karşı taraftan ekstra bedel talep edememektedir. İşin devamını etkileyecek ölçüdeki iş artışlarında ise yüklenici, mahkemeye başvurarak sözleşmenin yeni şartlar çerçevesinde tekrar düzenlenmesini isteyebilmektedir. Görüldüğü üzere TBK’daki iş artışı, KİSK’e oranla daha zorlayıcı hükümler içermekte ve yüklenicinin iş artışının karşılığı olan bedeli alması daha güç hale gelmektedir.

2.3.2.2.2. İş Artışının Şartları

İş artışının şartları, KİSK m. 24’de düzenlenmekle birlikte bu şartlardan birinin eksikliği halinde yüklenicinin, iş artışı nedeniyle bedel artışı talep etmesi mümkün değildir. İş artışına ilişkin ilk şart, iş artışının öngörülemez nedenler kapsamında gerçekleşmesidir. İş artışı için aranan öngörülemezlik şartı, mücbir sebep hükümlerine varmayacak oranda

³⁷⁰ 4735 sayılı Kanun’un 24. maddesi, 4964 sayılı Kanun’un 46. maddesi ile değiştirilmiştir.

³⁷¹ Birim fiyatı ile ihale edilen yapım işleri sözleşmelerinde %20lik oran Cumhurbaşkanlığı kararı ile %40’a kadar arttırılabilmektedir. Eskiden Bakanlar Kurulunun elinde olan bu yetki kanun değişikliği ile Cumhurbaşkanlığına verilmiştir.

³⁷² KİSK, m. 24.

olmakla birlikte iş artışını mecbur kılacak düzeyde olmalıdır.³⁷³ Bu kapsamda ihale aşamasında ve sözleşme kurulurken bilinmeyen, öngörülmeleyen bir sebebin sözleşme uygulanırken ortaya çıkması gerekmektedir. Ancak ihale aşamasında kabul edilmeyen hususların, iş artışı kapsamında sözleşmeye dahil edilmesi mümkün değildir.³⁷⁴

İş artışının gerçekleşebilmesi için diğer şart, iş artışının zorunluluğudur. Yüklenici ancak işin devamlılığını etkileyecek bir zorunluluğun olması karşısında iş artışı talebinde bulunabilmektedir. Bu şartın getirilmesinin temel sebebi yüklenicinin, iş artışı müessesesine dayanarak ek işler çıkarmak suretiyle idareden fazla bedel talep etmesinin önüne geçilmek istenmesidir.³⁷⁵

İş artışına ilişkin diğer bir şart ise sözleşmeye esas proje kapsamında iş artışının gerçekleşmesidir. Zorunluluk şartının devamı niteliğinde olan bu şart ile sözleşmenin esasına etki etmeyen veya sözleşmenin devamlılığını etkilemeyen hususlar, iş artışı müessesinin dışında bırakılmaktadır. Zira sözleşmenin yan edimi niteliğinde olan bir iş için idareden ekstra bedel talep edilmesinin önünün açılması, idarenin zarara uğramasına neden olacaktır.³⁷⁶

İş artışı, esas proje içinde kalmakla birlikte esas projeyi değiştirecek boyutta olmamalıdır. Zira sözleşme konusu işe ilişkin değişiklikler yalnızca KİSK m. 15’de düzenlenen sınırlı hallerle yapılmakta olup iş artışının, sözleşme içeriğini değiştirmek için bir aracı olarak kullanılması yasaktır.

³⁷³ Akbulut, Kadir: “Yapım İşi Sözleşmelerinde İş Artışı- İş Eksilişi”, İnşaat Sanayi Dergisi, Yıl:16, S.:96, Temmuz-Ağustos 2006, s.86-89.

³⁷⁴ Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan: “Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri”, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 370; Yavuz, Cevdet: “Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler”, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 466-467; Demirboğa, s. 146. Kamu İhale Kurumu da iş artışı ile Sözleşmenin değiştirilemeyeceğini öngörmektir. Kamu İhale Kurumu Karar T.: 26.08.2003, Karar S.:2003/UK.Z-361; (Aktaran: Güçlü/Şimşek, s. 741).

³⁷⁵ Altun, Muhsin: “En Son Değişikliklerle Yeni Kamu İhale Düzeni, Uygulama Esaslarının Açıklanması”, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2004, s. 456; Gök, s. 469; Sayın, s. 833; Bilir, s. 173.

³⁷⁶ Altun, s. 456-457; Gök, s. 470.

İş artışına ilişkin son şart ise, iş artışının “*idareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmamasıdır.*” Buna göre, iş artışına konu işin idareyi ekonomik ve teknik külfete sokmaksızın asıl işten ayıramıyor olması gerekmektedir. Zira idare, iş artışına konu işin yapılması karşılığında ek ücret ödemek istememekte ve böyle bir durumda yükleniciden işin yapılmamasını talep edebilmektedir. Ancak işin yapılmaması idareyi hem mali hem teknik olarak külfete sokacaksa dolayısıyla da kamu zararına neden olacaksa idare, iş artışının yapılmasını kabul etmek zorundadır.³⁷⁷

2.3.2.2.2.3. İş Artışının Kamu İhale Sözleşmelerine Etkisi

İş artışı, yukarıda bahsi geçen şartları sağlaması kaydıyla idarece, sözleşmenin tarafı olan yükleniciye yaptırılabilir. İş artışına ilişkin hükümler, sözleşme ve ihale hükümleri kapsamında olmak zorundadır. Madde hükmündeki “*...yaptırılabilir*” ifadesi, kanun koyucunun iş artışını, idarenin inisiyatifine bıraktığının göstergesidir. İdare isterse, iş artışının şartları oluşmuş olmasına rağmen yüklenicinin bu konuya ilişkin teklifini kabul etmeyebilir, sözleşmenin ilk hali ile devamını isteyebilir. Yahut iş artışına neden olan işi, yeni bir ihalenin konusu yapabilir. Yüklenicinin, idarenin bu kararına karşı yapabileceği herhangi bir işlem yoktur. İdare, tekrar ihale sürecine girerek yeni bir sözleşme kurabilmektedir. İlk sözleşmenin tarafı yüklenicinin, yeni açılan ihaleye katılmasının önünde ise herhangi bir engel bulunmamaktadır.³⁷⁸

İdare, iş artışının yapılmamasına karar verdiği takdirde; “*İşin bu şartlar altında tamamlanmayacağına anlaşılması durumunda ise artış yapılmaksızın hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Ancak bu durumda, işin tamamının ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine göre yerine getirilmesi zorunludur.*”³⁷⁹ hükmü uygulanmaktadır.

³⁷⁷ Akbulut, s. 87; Gök, s. 470; Gönen/ Işık, s. 275; Sayın, s. 829-830.

³⁷⁸ Gök, s. 470.

³⁷⁹ KİSK, m.24.

Buna göre, iş artışı olmadan yüklenici, sözleşme konusu işi ihale dokümanları ve sözleşme hükümleri çerçevesinde tamamlamalıdır. Ancak iş, iş artışları olmadan tamamlanamıyorsa veya iş artışlarına rağmen tamamlanamıyorsa sözleşmenin tasfiye edilmesi gerekmektedir.³⁸⁰ Sözleşmenin tasfiyesi genel hükümlere göre yapılmaktadır.

2.3.2.2.3. İş Eksikliğinden Dolayı Sona Erme

2.3.2.2.3.1. Genel Olarak

İş eksikliğinde ise, iş, sözleşmenin uygulama aşamasında ortaya çıkan bir sebep nedeniyle, sözleşmede kararlaştırılanın altında bir bedelle tamamlanabilmektedir.³⁸¹ İş eksikliği nedeniyle sözleşmenin tamamlanmasının sonuçları, sözleşme bedeline göre değişiklik göstermektedir.

2.3.2.2.3.2. İş Eksikliği ile Sözleşmenin Tamamlanma Halleri

İş, sözleşme bedelinin %80'inden daha düşük bir oranla tamamlanabiliyorsa yüklenici işi tamamlamak zorundadır. İşin karşılığı olarak ise madde hükmünde “*yapmış olduğu gerçek giderleri ve yüklenici kârına karşılık olarak, sözleşme bedelinin %80'i ile sözleşme fiyatlarıyla yaptığı işin tutarı arasındaki bedel farkının %5'i geçici kabul tarihindeki fiyatlar*” şeklinde düzenlenen bedel ödenmektedir.³⁸²

İşin, sözleşme bedelinin %80'inden yüksek ancak sözleşmede kararlaştırılan bedelden düşük bir bedel ile tamamlanması durumuna ilişkin ise KİSK'de bir hüküm yoktur. Bu nedenle genel kanun olan TBK hükümlerine göre hareket edilmesi gerekmektedir. Buna

³⁸⁰ Gök, s. 481-482; Gönen/ Işık, s. 278.

³⁸¹ Aral/ Ayrancı, s.368; Yavuz, s.477; Demirboğa, s. 151.

³⁸² İş eksilişine ilişkin bedel hesaplamalarına ait detaylı bilgi için bkz.: Gök, s. 489-504.

göre; “Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile İş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.”³⁸³ TBK düzenlenen bu hüküm gereği yüklenici, daha az bir bedel ile işi tamamlasa dahi sözleşmede öngörülen bedelin tamamının, idare tarafından yükleniciye ödenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kamu ihale sözleşmelerinin, sözleşme bedelinin %80’inden yüksek ancak sözleşmenin gerçek bedelinden düşük bir bedelle tamamlanması halinde idare, yükleniciye sözleşme bedelinin tamamını ödemekle yükümlüdür.³⁸⁴ Ayrıca sözleşme bedelinin %80’inden fazlasının tamamlanması halinde ileriye etkili fesih hükümleri geçerli olacaktır.³⁸⁵

³⁸³ TBK, m. 480/3.

³⁸⁴ Aral/Ayrancı, s. 368; Demirboğa, s. 152.

³⁸⁵ Yargıtay 23. HD., E.2013/4203, K. 2013/3983.

3. BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

3.1. GENEL OLARAK

2. bölümde detaylıca anlatıldığı üzere kamu ihale sözleşmeleri birçok nedenle sona erebilmektedir. Sözleşmeler, taraflar tarafından istenen ve borcun en tabii sona erme hali olan ifa dışında bir nedenle sona erdiği takdirde bazı hüküm ve sonuçlar doğmaktadır. Özellikle fesih ile sona ermenin hüküm ve sonuçları uygulamada karşılaşılan sorunlar bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira sözleşmenin tasfiye sürecinde taraflar arasında çıkan anlaşmazlıklar, bu hüküm ve sonuçlar ile sonuca bağlanmaktadır.

Dönme ve diğer haller ile sona erme ise pratikte taraflar tarafından pek tercih edilmemektedir. KİSK'de fesih kavramının özensiz kullanımından da kaynaklanan bu durum, tarafların özellikle de idarenin, fesih ile sona erme yöntemini tercih etmesini kolaylaştırmaktadır. Hâlbuki yukarıda da detaylıca bahsedildiği üzere fesih ile dönme birbirinden farklı kavramlar olmanın yanı sıra sözleşmenin ani veya sürekli edimli olmasına göre uygulama alanı bulmaktadır. Buna karşın sözleşmelerin sona erme sebeplerinin büyük çoğunluğunun, yükleniciden kaynaklanması sebebiyle idare, ileride detaylıca bahsedilecek fesih hükümlerinin, kendisi açısından daha avantajlı olması nedeniyle bu yöntemi seçmektedir.

Sözleşmelerin sona ermesi sonucunda hesapların kesilmesi ve faaliyetlerin sona erdirilmesi aşamalarını içeren tasfiye süreci hem idareye hem yükleniciye birtakım yükümlülükler getirmekle birlikte diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle sözleşmenin sona erme usulü ve tasfiye süreci hakkında bilgiler verilecek olup daha sonra fesih ve diğer haller ile sona ermenin hüküm ve sonuçları incelenecektir.

3.2. SONA ERME USULÜ

3.2.1. Genel Olarak

Tasfiye, sözleşmenin tamamen sona erdirilmesi için idarenin ve yüklenicinin yaptığı işlemleri kapsayan bir süreci ifade etmektedir.³⁸⁶ Tasfiye süreci ile taraflar, sözleşmenin tesirinden kurtularak sözleşmeye dair hesapları kapatmakta ve sözleşme öncesi durumlarına dönmektedirler.³⁸⁷

Tasfiye süreci, KİSK m. 20’de düzenlenen hükümler çerçevesinde yürütülmektedir. Madde hükmüne göre idare, yükleniciye gecikme cezası uygulamak suretiyle ihtar göndermekte ve yüklenicinin ifasını gerçekleştirmesini talep etmektedir. Buna rağmen yüklenici, ifada bulunmuyorsa veya yüklenici daha önce detaylıca anlatılan yasaklı fiil ve davranışlardan biri ile hareket ediyorsa bu halde sözleşme tasfiye edilmektedir.³⁸⁸ Yüklenici, kesin ve ek kesin teminatlarını kaybetmekte ve genel hükümlere göre tasfiye süreci işlemektedir.³⁸⁹ Bununla birlikte sözleşmelere dair genel şartnamelerde (YİĞŞ ve HİĞŞ) tasfiye süreci detaylıca düzenlendiği için TBK m. 117 ve devam hükümlerine hüküm bulunmadığı hallerde başvurulmaktadır.³⁹⁰

³⁸⁶ Dalcı Özdoğan, Nucihan: “Sözleşmelerin Tasfiyesinde Uygulanacak Kuralların Tespiti”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 3, S.: 6, s.13-20, 2016, s. 14.

³⁸⁷ Demirboğa, s. 206; Dalcı Özdoğan, s. 14.

³⁸⁸ 2886 sayılı Kanun’da benzer şekilde Sözleşmelerin tasfiyesini düzenlemekte ve genel hükümlere atıfta bulunmaktaydı. Borçlar Kanunu’nun 106’ncı maddesinde düzenlenen "mehil tayini suretiyle fesih" ile o dönemde Sözleşmelerin fesih işlemi gerçekleşmekteydi. 2886 sayılı Kanun’a ilişkin fesih ve tasfiye sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz.: Gök, Yaşar: “2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Kapsamında Yürütülen Yapım İşlerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Doğurduğu Hukuki Sonuçlar”.

³⁸⁹ Gök, Yaşar: “Yapı İşleri ve Hakediş Uygulaması”, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 531.

³⁹⁰ Demirboğa, s. 206-207. Yargıtay’ın da benzer yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay 15 HD. E. 2015/2846, K.2016/335; “...Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na göre bağitlanan sözleşmelerin yüklenicinin direnimi nedeniyle feshi halinde, sözleşme konusu işlerin de hesabı genel hükümlere göre yapılmalıdır. İş sahibi idare tasfiyeyi yapmazsa veya yaptığı tasfiyeyi yüklenici kabul etmezse, tasfiyeyi ve tasfiye kesin hesabının çıkartılmasını mahkemeden talep edebilir.” (E.A.: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T:26.03.2024).

3.2.2. Sözleşme Türüne Göre Tasfiye Süreçleri

3.2.2.1. Yapım İşleri Sözleşmelerinde Tasfiye Süreci

Yapım işleri sözleşmelerine dair tasfiye süreci, YİĞŞ m.47 ve m.48’de detaylıca düzenlenmektedir. Anılan Genel Şartname özel hüküm niteliğinde olduğundan yapım işleri sözleşmelerinde öncelikli uygulama alanı bulmaktadır. Hüküm bulunmayan hallerde ise genel kanun olan TBK hükümlerine gidilmektedir.

Tasfiye süreci, feshin hüküm ve sonuç doğurması ile başlamaktadır. Feshin hüküm ve sonuç doğurma zamanı, sona erme sebebine göre farklı zamanlarda gerçekleşmektedir. KİSK m. 22 çerçevesinde, sözleşme mali acz ile sona ermiş ise yüklenici içinde olduğu hali, idareye bildirmelidir. Yüklenicinin KİK ve KİSK’te düzenlenen yasaklı fiil ve davranışlardan birini işlemesi halinde ise fesih, idare tarafından yasaklı fiil veya davranışın öğrenilmesi ile hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Yüklenicinin temerrüdü halinde ise, kanun gereği idarenin yükleniciye gecikmeli ifa için verdiği sürenin sonunda feshin hüküm ve sonuç doğurduğu görülmektedir. Diğer hallerde ise idarenin, yükleniciye sözleşmeyi fesih kararını bildirmesiyle diğer bir ifadeyle fesih iradesinin yükleniciye ulaşmasıyla feshin hüküm ve sonuçları doğmaktadır.³⁹¹

Sözleşmenin feshinin hüküm ve sonuç doğurmasıyla birlikte YİĞŞ m. 47/11 gereği, idarece belirlenen bir heyet “Durum Tespit Tutanağı³⁹²” düzenlemektedir. İşlerin mevcut durumunu tespit etmek amacıyla düzenlenen işbu tutanak hazırlanana kadar sözleşme edimleri geçerliliğini korumaktadır.³⁹³

³⁹¹ Mal ve hizmet alım sözleşmeleri açısından da feshin hüküm ve sonuç doğurma zamanları aynıdır.

³⁹² İdarenin yapması gereken işlemlerde detaylıca anlatılacaktır.

³⁹³ Kemer, Mustafa: “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapım İşleri” Sözkesen Yayınları, Ankara 2004, s. 75; Demirboğa, s. 208.

İdare fesih işleminden sonra kalan işler için tekrar ihaleye çıkabilmektedir. İki ihale arasındaki sürenin makul ölçüde olması yargı kararları çerçevesinde öngörülmektedir.³⁹⁴ İdare, sözleşmenin feshine neden olan yükleniciden, iki ihale arasında fark oluşması halinde bu farkı isteyebilmektedir.³⁹⁵ Yüklenicinin fesihten sonra tekrar ihaleye çıkılmasına karşın yapabileceği herhangi bir işlem bulunmamaktadır. Yüklenicinin ikinci ihaleye katılmasında kural olarak bir engel bulunmamakla birlikte hukuki bir yarar da yoktur.

Tasfiye sürecinden sonra işin tamamlanan kısımları için KİSK ve YİĞŞ ilgili hükümleri uyarınca geçici kabul, kesin kabul ve teminatın iadesi işlemleri uygulanmaktadır.³⁹⁶ Tasfiye sürecinden sonra kesin hesap, aynı Şartnamenin 40. maddesine göre yapılmaktadır.³⁹⁷

Tasfiye sürecinin sonunda; *“hesap kesme işlemi sonucunda, yüklenicinin idareye borçlu kalması halinde borcun tahsili”*, *“kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar güncellenmesi sonucunda oluşan farkın tahsili”* ve *“varsa idarenin uğradığı zararın tazmini”*, TBK hükümlerine göre tahsis edilmektedir.³⁹⁸

3.2.2.2. Mal Alım Sözleşmelerinde Tasfiye Süreci

Mal alım sözleşmelerinin tasfiye işlemi mal alımlarına ait tip sözleşmenin 37. maddesinde “Fesih halinde yapılacak işlemler” başlığı altında düzenlenmektedir. Buna göre fesih iradesinin kendisine ulaşmasıyla yüklenici, sözleşme konusu malın teslimine ilişkin tüm işlemleri sonlandırır. İdare tarafından varsa kendisine verilen malzeme ve araçların

³⁹⁴ Yargıtay, 13.HD. 01.11.1994 T., 1994/12356 E., 1994/14195 K.

³⁹⁵ Yargıtay 15. HD. 05.10.1995, 1995/2992 E., 1995/5285 K.

³⁹⁶ YİĞŞ m. 47/14.

³⁹⁷ İdarenin yapması gereken işlemlerde detaylıca anlatılacaktır.

³⁹⁸ YİĞŞ, m. 47/19.

iadesini gerçekleştirir ve tutanağa işler. Ayrıca idarenin istediği diğer yükümlülükleri de yerine getirir.

İdare, fesih sonrasında yükleniciye ödenmesi³⁹⁹ gereken bedellerin hesabını yapmakla birlikte yüklenicinin borcunu da belirlemektedir. Fesih ile yüklenicinin kaybettiği kesin teminat ve ek kesin teminatı, yüklenicinin borcunun yerine geçmemektedir. Hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.⁴⁰⁰

3.2.2.3. Hizmet Alım Sözleşmelerinde Tasfiye Süreci

Hizmet alım sözleşmelerinde, sözleşme ileriye etkili olacak şekilde sona ermektedir. Zira sözleşme, sürekli edim içerdiği için o ana kadar kazanılan hak ve yükümlülüklerin, sona erme ile tasfiyesi her iki tarafı da ciddi zarara uğratabilir.

Hizmet alım sözleşmelerinin tasfiyesi, HİGŞ m. 54 uyarınca yapılmaktadır. Buna göre, sözleşme konusu edimi gereği gibi yerine getirmeyen yükleniciye, ifayı gerçekleştirme için süre verilmektedir. Verilen süreye rağmen yüklenici kendisinden beklenen edimi ifa etmez ise idare, sözleşmeyi feshetmekte ve yüklenici, kesin ve ek kesin teminatı kaybetmektedir. İşlerin mevcut durumunun tespiti için yapım işleri sözleşmelerinde olduğu gibi hizmet alım sözleşmelerinde de “Durum Tespit Tutanağı” düzenlenmektedir. Tamamlanan işlerin tasfiyesi sözleşme hükümlerine göre yapılmakta iken tamamlanmamış işlerin tasfiye sürecinde ise idare tarafından tasfiye kesin hesabı hazırlanmaktadır.⁴⁰¹

³⁹⁹ “İdare, yükleniciye ödenecek bedelleri, yüklenicinin eksik ve hatalarının tespitine kadar durdurabilmektedir.” (Mal Alımlarına ait Tip Sözleşme m. 37/4.)

⁴⁰⁰ Mal Alımlarına ait Tip Sözleşme, m. 37/3-6.

⁴⁰¹ HİGŞ, m. 54.

3.2.3. İdarenin Yapması Gereken İşlemler

3.2.3.1. Durum Tespit Tutanağı

Durum tespit tutanağı hem HİGŞ hem de YİGŞ’de düzenleme alanı bulmakla birlikte sözleşme konusu işlerin mevcut durumunu tespit etmektedir. İdarece tespit edilen bir heyet tarafından düzenlenen durum tespit tutanağı hazırlanırken yüklenici veya vekili de bulunmalıdır. Yüklenicinin veya vekilinin gelmemesi üzerine bu durum tutanağa işlenmektedir.

Durum tespit tutanağını hazırlayan heyet hem idarenin hem de yüklenicinin sözleşme kurulduğu tarihten itibaren tasfiye sürecine kadar yaptıkları iş ve işlemleri, detaylıca tutanağa işlemektedir. Ayrıca sözleşmede düzenlenen ancak tasfiye aşamasına geldiğinde henüz yerine getirilmeyen edimler, yükümlülükler ve tamamlanmayan işler de tutanağa yazılmaktadır.⁴⁰²

Buna ek olarak nefaset kesintileri de tutanağa eklenmektedir. Nefaset kesintisi, idare tarafından yükleniciye ödenecek bedel üzerinden yapılmakta olup yüklenicinin sözleşme konusu işin teslimindeki hali ile olması beklenen hal arasındaki farkı ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle idarenin sözleşme konusu işin bedelinden “ayıp oranında indirim” yapması, nefaset kesintisidir.⁴⁰³

⁴⁰² Gök, Yapı İşleri, s. 533; Özek, Ali/ Kaya, Osman: “Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulaması” 2. Baskı, Ankara 2003, s. 554; Bilir, s. 189.

⁴⁰³ Aydemir, Efrail: “Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku” Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 328; Şahiniz, Salih: “Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu”, Vedat Kitapçılık, Ankara 2014, s.187. Kamu ihale sözleşmelerindeki nefaset kesintisi ile ilgili detaylı bilgi için bkz.: Uslu, Yusuf: “Kamu İhale Sözleşmelerinde Nefaset Kesintisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019.

Durum tespit tutanağının düzenlenemediği hallerde ise “tasfiye geçici kabul tutanağı” düzenlenmektedir. Aslen aynı işlevi gören ve aynı içeriğe sahip olan tasfiye geçici kabul tutanağı, henüz fesih aşamasına geçilmeyen sözleşmelerin tasfiyesinde düzenlenmekte olup aynı hüküm ve sonuçları doğurmaktadır.⁴⁰⁴

3.2.3.2. Hesabın Tasfiyesi

Sözleşmelerde hesabın tasfiyesi, ilgili Şartnamelere göre yapılmaktadır. Buna göre, yüklenici tarafından tamamlanan işlerin tasfiyesi, normal şekilde bitirilseydi uygulanacak sözleşme hükümlerine göre yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle tamamlanan işler bakımından tasfiye süreci, ifa sürecine benzerlik göstermektedir.⁴⁰⁵ Ayrıca tasfiye aşamasında tamamlanmış işe dair hata ve kusurlar geçici veya kesin kabul komisyonu tarafından tespit edilirse, idare, durumu yükleniciye bildirerek seçimlik haklarından birini kullanmaktadır.⁴⁰⁶

Bunun yanı sıra sözleşme konusu işin, tasfiye geçici kabul tutanağına veya durum tespit tutanağına işlenmesi işin mahiyeti ve teknik zorluklar nedeniyle mümkün değilse, idare yükleniciye belli bir süre vererek işlerin tutanağa geçirilebilecek düzeye getirilmesini talep edebilmektedir. Yüklenicinin tasfiye sürecinde yaptığı işler için ödenecek bedel, yüklenicinin alacak hesabına yazılmaktadır. Yüklenici, idarenin talebini reddederse idare, yüklenici adına işleri yaptırmakta ve ödenecek bedeli yüklenicinin alacağından kesmektedir.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ YİGŞ, m.47; Bilir, s. 189.

⁴⁰⁵ YİGŞ, m. 47; HİGŞ, m.54.

⁴⁰⁶ İdarenin seçimlik hakları için “Yüklenicinin Temerrüdü ile Sona Erme” başlığına bakınız.

⁴⁰⁷ HİGŞ, m. 54. Yüksek Fen Kurulu Kararı, Karar T.: 23.08.2006, Karar No.:2006/54; “İsinin tasfiyesi nedeniyle, sözleşmesine göre bu iş için verilen Kesin Teminat ve varsa Ek Kesin Teminatın; Tasfiye Kabulü işlemlerinde gerekli prosedürlerin usulünce yerine getirilmiş olması, teminat süresinden az olmamak üzere en az bir yıl içinde tasfiye kesin hesabın tekemmül ettirilmesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 46. ve 48. maddelerinin yukarıda belirtilen hükümlerinin yerine getirilmiş olması halinde Kesin Teminatın geriye kalan kısmının yükleniciye iade edilebileceğine,”

(E.A.: <https://webdosya.csb.gov.tr/db/yfk/icerikler/yfkkararlargorusler-2005-2013-20190307154204.pdf>, E.T: 25.03.2024).

3.2.3.3. Hesap Kesme Hakedişi

YİGŞ. m. 47’de düzenlenmiştir. Buna göre, Hakediş ödemeleri, idarenin geçici ve kesin hakediş raporları çerçevesinde yapılmaktadır. İdare bu raporlar ve sözleşme hükümleri gereğince hesaplamaları yaparak yükleniciye hakediş ödemesini gerçekleştirmektedir. Yüklenici veya vekili, sözleşmenin tasfiyesi sırasında orada bulunmazsa, yüklenicinin, idarenin işlemlerine karşı bir itiraz hakkı kalmamaktadır. Bu durum da yüklenicinin zarara uğramasına yol açabilmektedir.⁴⁰⁸

3.2.4. Tasfiyeye Uygulanacak Hükümün Dayanağı

Yukarıda bahsi geçen tasfiye işlemleri, sözleşme konusu edimlerin aynı şekilde tasfiye edilmesi halinde uygulanacak hükümleri içermektedir. Bununla birlikte özellikle yapım işleri sözleşmelerinde karşımıza çıkan ve edimin aynen iadesinin mümkün olmadığı hallerde nasıl bir tasfiye sürecinin işleyeceğine dair KİSK veya ilgili Şartnamelerde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda TBK hükümleri uygulama alanı bulmakla birlikte aynen iadenin mümkün olmadığı edimlerin tasfiye sürecine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır.

3.2.4.1. Tasfiyenin Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Dayanması

Klasik dönme teorisini savunan yazarlarca benimsenmiş olan bu görüşe göre, aynen iadesi mümkün olmayan sözleşme konusu edimlerin tasfiyesi sebepsiz zenginleşmeye göre yapılmaktadır.⁴⁰⁹ TBK’ya göre sebepsiz zenginleşme; “*Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.*” olarak kanun koyucu tarafından ifade edilmektedir.

⁴⁰⁸ HİGŞ, m. 54; YİGŞ, m. 47. Yüksek Fen Kurulu da benzer yönde görüş vermektedir. Yüksek Fen Kurulu Görüş T.: 11/06/2003, Görüş No.:2/733.

⁴⁰⁹ Serozan, “Sözleşmeden Dönme”, s. 62; Eren, s. 1286; Oğuzman/ Öz, s. 411.

Bu görüşü savunanlar, sözleşmenin klasik dönme teorisi ile geçmişe etkili olarak sona erdiğini ve sözleşme sanki hiç varolmamış gibi menfaatler dengesinin kurulması için sebepsiz zenginleşme hükümleri ile tasfiyenin gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedirler.⁴¹⁰ Bu bağlamda TBK m. 79/1 gereği, yüklenici/idare elinde olanların teslimini karşı tarafa yapmakta, elinden çıkan kısım için ise karşılığı olan bedeli ödemekle yükümlüdür.

3.2.4.2. Tasfiyenin Sözleşmeden Doğan Bir Borcun İfası Olarak Değerlendirilmesi

Yeni dönme teorisini savunan yazarlar tarafından kabul edilen bu görüşe göre, aynen iadesi mümkün olmayan edimlerin tasfiyesi, sözleşmenin bir parçası olarak yapılmaktadır. Yeni dönme teorisine göre iade işlemleri, sözleşmeden doğan bir borç olarak kabul edildiği için TBK m. 112 uygulama alanı bulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre sözleşmenin tasfiyesinden doğan alacakların zamanaşımı 10 yıldır.⁴¹¹

3.2.4.3. Tasfiyenin Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Hükümlerine Dayandırılması

Bu görüşü savunan yazarlara göre, sözleşmedeki edimlerin tasfiyesi gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye göre yapılmaktadır.⁴¹² TBK m. 530'a göre; *“İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.”*

⁴¹⁰ Serozan, “Sözleşmeden Dönme”, s. 62; Demirboğa, s. 210-211; Eren, s. 1286-1287; Oğuzman/ Öz, s.411.

⁴¹¹ Seliçi, s. 210; Serozan, “Sözleşmeden Dönme”, s. 78; Türker, s. 313.

⁴¹² Demirboğa, s. 211.

3.2.4.4. Tasfiyede Satım Sözleşmelerine İlişkin Hükümlerin Kıyasen Uygulanması

Tasfiyede satım sözleşmeleri hükümlerinin kıyasen uygulanacağını savunan görüşe göre, TBK m. 217 ve devamı hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre ani edimli olarak kabul edilen sözleşmeler açısından tasfiye süreci satım sözleşmelerindeki gibi uygulanacaktır.⁴¹³

Kanaatimizce yeni dönme teorisi ile sözleşmenin tasfiye edilmesi kamu ihale sözleşmeleri açısından daha uygun olacaktır. Zira sözleşmenin, klasik dönme teorisine göre tasfiyesinde o zamana kadar elde edilen edimler ve işler geriye etkili olarak sona erecektir. Bu da hem idarenin hem de yüklenicinin zarara uğramasına dolayısıyla da kamu zararının oluşmasına neden olacaktır. Yeni dönme teorisinde ise aynen iadesi olmayan edimler, sözleşmeden doğan bir borcun ifası gibi tasfiye edilecektir. Zamanaşımı, def'i gibi avantajları da uygulamada taraflara fayda sağlayacaktır.

3.2.5. Adi Ortaklık Niteliğinde Olan Konsorsiyum ve İş Ortaklığının Tasfiye Süreci

Adi ortaklık olarak kurulan konsorsiyumlar ve iş ortaklıkları, ihale sürecinde ihale işini birlikte gerçekleştirmek üzere bir araya gelen gerçek veya tüzel kişilerin kurduğu ortak girişimi ifade etmektedir. Ortak girişim, sözleşme konusu iş için ihaleye katılma ile kurulmakta, sözleşmenin sona ermesiyle de son bulmaktadır. Bu kapsamda sözleşme tasfiye sürecine girdikten sonra ortak girişimin de devam etmesi için bir neden bulunmamaktadır.⁴¹⁴ Ortak girişimin sona ermesi ve tasfiyesi, adi ortaklık hükümlerine

⁴¹³ Demirboğa, s.211.

⁴¹⁴ Kamu ihale sözleşmelerinde görülen ortak girişim, ihale konusu işin gerçekleştirilmesi amacıyla kurulmakta olup iş tamamlanınca sona ermektedir. Genelde tek bir ihale konusu iş için bir araya gelen

göre yapılmaktadır. TBK m. 642 ve devam hükümleri, ortak girişim için de hüküm ve sonuç doğurmaktadır.⁴¹⁵

İdarenin ortak girişim ile kurmuş olduğu sözleşmenin, 2. bölümde anlatılan sebeplerden biri ile sona ermesinin ardından sözleşme tasfiye sürecine girdiği gibi ortak girişim de kendi içinde tasfiye sürecini başlatmaktadır.

Adi ortaklık ilişkisinin sona ermesinin ortak girişim açısından iki önemli sonucu bulunmaktadır. Bu kapsamda öncelikle konsorsiyum veya iş ortaklığının yöneticilerinin görevleri kural olarak sona ermektedir.⁴¹⁶ Ancak kanun koyucu bazı hallerde ortaklığın hemen sona ermeyeceğini düzenlemektedir.⁴¹⁷ Pilot veya koordinatör ortaklardan⁴¹⁸ birinin ölümü halinde KİSK m. 14 uyarınca sözleşme, tasfiye sürecine girmektedir. Ancak verilen süre içinde diğer ortaklar, yönetici ortağın sorumluluğunu alacaklarını idareye bildirirlerse sözleşme yenilenerek devam etmektedir. Yönetici ortağın ölümü, adi ortaklığın iç ilişkisini de etkilemektedir. Buna göre TBK m. 641/2 gereği ölen yönetici ortak yerine gerekli önlemler alınana kadar mirasçıları işleri devam ettirmektedir. Bu kapsamda yönetici ortak öldükten sonra mirasçıları, kamu ihale sözleşmesine dair işleri de yürütmektedir. KİSK m. 14’de düzenlenen otuz günlük süre içinde diğer ortaklar, sözleşmeye ilişkin sorumlulukları ölen ortağın mirasçılarından alabilmekte veya sözleşmenin tasfiye sürecini başlatarak hem sözleşmeyi hem ortak girişimi sona erdirebilmektedirler.

gerçek veya tüzel kişiler, aralarında kurulan güven ilişkisi ve kar elde etme amacı nedeniyle kimi zaman birden fazla ihaleye aynı konsorsiyum veya iş ortaklığı ile girmektedirler. Bu gibi durumlarda tek bir ihale konusu için Sözleşmesinin sona ermesi, ortak girişimi sona erdirmemektedir. Ortak girişim diğer ihaleler ve Sözleşmeler için devam etmektedir.

⁴¹⁵ Şener, s. 99; Arkan, Sabih: “Adi Şirket Ortaklığında Sözleşmeye Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları,” Batider, C.: XXI, S.:2, s.:15-24, 2001, s. 16.

⁴¹⁶ Şener, s. 99.

⁴¹⁷ TBK m. 641, bazı durumlarda adi ortaklık ilişkisi sona ermesine rağmen yönetici ortağın görevinin devam edeceğini düzenlemektedir; “Ortaklık, fesih bildiriminden başka bir yolla sona ererse, bir ortağın ortaklık işlerini yönetme konusundaki yetkisi, sona ermeyi öğrendiği veya durumun gerektirdiği özeni gösterseydi öğrenebileceği zamana kadar, kendisi hakkında devam eder.” Kanun koyucu burada iyi niyetli yönetici ortağı korumaktadır. Fesihte ise ihbar süresi (TBK m. 640/1) mevcut olduğu için kanun koyucu burada artık iyi niyetin olmayacağını belirtmektedir.

⁴¹⁸ Konsorsiyum ile bir araya gelen ortak girişimlerde yönetici ortak sıfatına haiz kişiye koordinatör denilmekte iken iş ortaklığında pilot ortak denilmektedir (KİK m. 14).

Diğer önemli sonuç ise ortak girişimin kural olarak tasfiye aşamasına girmesidir. Ortak girişim, tasfiye süreci sona erene kadar devamlılığını korumaktadır.⁴¹⁹ Sözleşmenin tasfiyesi sırasında ortak girişim devam etmekte ve tasfiye sürecine girmek için sözleşmenin tasfiyesinin tamamlanmasını beklemektedir. Zira sözleşme hesabının tasfiyesi gerçekleşmeden ortak girişimin hesabının tasfiyesi yapılamamaktadır.

Sözleşme tasfiyesi bittikten sonra kendi içinde tasfiye sürecine giren ortak girişim, malvarlığını paraya dönüştürmekte, borçları ödemekte, geri kalan bedel üzerinden kar ve zarar tespiti yaparak ortaklara ödemeleri gerçekleştirmektedir.⁴²⁰ TBK m. 644/1'e göre ortak girişimin tasfiyesi tüm ortaklar tarafından elbirliği ile gerçekleşmektedir.⁴²¹ Ortak girişime sermaye olarak getirilen mallar, iade edilmekle birlikte katılım payı olarak getirilen mallar geri verilmemekte, değeri tutarında bedel ödenmektedir⁴²² (TBK m.642/1). Ortak girişime ait mallar ise ortak girişim sözleşmesinde belirlenen usullere göre tasfiye edilmektedir.⁴²³

Ortak girişimin tasfiyesine ilişkin diğer bir husus ise ortak girişimin borçlarının ödenmesidir. Sözleşme konusu işi yerine getirmek için borç altına giren ortak girişim, tasfiye sırasında bu borçları ilgililere ödemekle yükümlüdür (TBK m. 643). Ayrıca ortak girişim için yapılan masraflar ve avanslarda tasfiye aşamasında ödenmek zorundadır (TBK m. 643/1).

⁴¹⁹ Şener, s. 100.

⁴²⁰ Şener, s. 100.

⁴²¹ Ancak maddenin devam hükümlerinde elbirliği ile tasfiyenin işi yavaşlatması ve zorlaştırması halinde tasfiye görevlisi atanacağı belirtilmektedir. Tasfiye görevlisi, ortaklarca atanabileceği gibi mahkemeden de atanması talep edilebilmektedir. Tasfiye görevlisinin mahkeme tarafından atanması halinde ücreti, ortaklığın malvarlığından karşılanmakla birlikte ortaklığın malvarlığından ödeme gerçekleşmiyorsa ortaklar, müteselsil sorumluluk hükümleri kapsamında ücreti ödemek zorundadır (TBK m. 644/2-3).

⁴²² Sermaye olarak ortak girişime getirilen malların değeri yine ortak girişim tarafından belirlenmektedir. Ortak girişim, sözleşmede bu hususta ilişkin bir düzenleme öngörmemişse ortak girişime katıldığı dönemki bedel, malın değeri olarak kabul edilmektedir (TBK m. 642/3).

⁴²³ Şener, s. 102.

Tasfiye, sözleşmenin tarafı idareye karşı ortak girişimin, sorumluluklarını ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır. Zira tasfiye iç ilişkiye dayanan bir husus olduğu için, idare bu işlemlerden etkilenmemektedir.⁴²⁴

3.3. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN YÜKLENİCİDEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.3.1. Genel Olarak

Kamu ihale sözleşmeleri yüklenicinin kusurundan kaynaklanan sebeplerle sona erebilmektedir. Sözleşmenin kamu hizmeti sunması nedeniyle böyle bir durumda kamu zararı doğacağı için sona ermenin hüküm ve sonuçları da ona göre doğmaktadır. Yüklenici, özel hukuka tabi diğer sözleşmelerden daha ağır yaptırımlarla karşı karşıya kalmaktadır. Bu yaptırımlar, yükleniciyi işini yaparken daha özenli ve dikkatli hale getirmekte ve kamu hizmetinin devamlılığını sağlamaktadır.

3.3.2. Kusurun Tespiti

Kamu ihale sözleşmeleri idare tarafından yüklenicinin kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın sona erebilmektedir. Ancak sona erme sebebinin yükleniciye isnat edilmesi diğer bir ifadeyle yüklenicinin kusurunun olması halinde doğacak sonuçlar bakımından kusurun tespiti önem taşımaktadır.

Yüklenicinin genelde tacir sıfatı taşıması nedeniyle TTK m. 18/2 kapsamında yüklenici basiretli bir iş adamı gibi olmalıdır. Yüklenicinin basiretli iş adamından beklenen dikkat

⁴²⁴ Şener, s. 105.

ve özeni göstermemesi halinde ise kusuru oluşmaktadır. Yargıtay'ın, basiretli iş adamından beklenen dikkat ve özenin en yüksek seviyede olması kuralı, son yıllarda iyiniyet gibi nedenlerle biraz gevşetmiş olsa bile kamu ihale sözleşmelerinin kamu hizmeti görmesi nedeniyle yüklenicinin dikkat ve özeni bu kapsama girmemektedir.⁴²⁵

Yüklenici kendi kusurunun yanında ifa yardımcılarının kusurlarından da sorumlu tutulmaktadır. Zira ifa yardımcısı yüklenici tarafından işe alındığı için yüklenicinin ifa yardımcısını kontrol etme yükümlülüğü doğmaktadır. Yüklenici bu yükümlülüğü yerine getirirken gerekli dikkat ve özeni göstermediği hallerde sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁴²⁶ Ayrıca idare ve yüklenici sözleşme 'ye bu konuyla alakalı bir hüküm koyarak yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldıramamaktadır.⁴²⁷ TBK m. 112 gereği yüklenici, kusursuz olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. İdarenin, yüklenicinin kusurunun varlığını ispat zorunluluğu bulunmamaktadır.⁴²⁸

⁴²⁵ Gümüş, Mustafa Alper: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, C.:22, S.: 3, s.: 1221-1240, 2016, s. 1222-1223.

⁴²⁶ Yargıtay 15. HD., 2017/313 E., 2017/2183 K., 23.05.2017 T.; “Yüklenici sözleşmenin haksız feshi nedeniyle sözleşmenin ifa olunacağına güvenerek yaptığı masraflar ile mahrum bırakıldığı kâr kaybı zararını istemektedir. Anılan Yasa'nın 96. maddesine göre alacaklı alacağına tümünü veya bir bölümünü alamazsa, borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlamadıkça bundan doğan zararı ödemek zorundadır. Görülüyor ki davacının zararının karşılanabilmesi için davalının fesihte kusurlu bulunduğunun kabulü gerekir. Başka deyişle davalı iş sahibi kesinleşen yargı kararı uyarınca davacının sözleşmesini feshetmek zorunda kaldığını ve kusursuzluğunu savunmaktadır” (E.A.: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T.: 11.03.2024).

⁴²⁷ Öz, M. Turgut: “İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi”, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989, s. 271; Karaca, s. 134; Bilir, s.198.

⁴²⁸ Oğuzman/ Öz, s. 63-64; Tunçomağ, s. 445; Kusurun tespiti hakkında detaylı bilgi için bkz.: Uyumaz, Alper: “Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1, 2023, s. 503-546.

3.3.3. İade

3.3.3.1. Genel Olarak

İade, kazanım elde etmiş borçlunun mal varlığına giren şeyin karşı tarafa verilmesini ifade eder.⁴²⁹ Kamu ihale sözleşmeleri açısından sözleşme süresince tarafların karşılıklı olarak malvarlıklarına giren şeylerin iadesi tasfiye sürecinin bir parçasıdır.

3.3.3.2. Aynen İade

Aynen iade, sözleşme süresi boyunca tarafın malvarlığına giren şeyin tasfiye aşamasında, karşı tarafa aynı şekilde teslimi borcunu ifade etmektedir. Aynen iade konusu şey, aynen iade edilmeye uygun olmalıdır. Diğer bir ifadeyle iade konusu şeyin üzerinde bir değişiklik olması ve ilk haline geri dönememesi halinde artık aynen iadede söz etmek mümkün değildir.⁴³⁰

Aynen iade, mal alım sözleşmeleri ve hizmet alım sözleşmelerinin tasfiyesinde kolaylıkla uygulama alanı bulabilmekte iken yapım işleri sözleşmeleri açısından aynen iade, iade konusu şeyin niteliğine göre değerlendirilmektedir. Özellikle yapım işinde kullanılan malzemelerin aynen iadesi mümkün değildir.⁴³¹ Zira bu parçalar ana yapının mütemmim cüzü haline gelmektedir.⁴³²

⁴²⁹ Demirboğa, s.213.

⁴³⁰ Öz, s. 249; Demirboğa, s. 213.

⁴³¹ Yargıtay'ın da benzer yönde kararların bulunmaktadır. Yargıtay 15. HD. 1975/2041 E., 1975/3798 K.; “Yüklenicinin, borcun ifasındaki temerrüdü yüzünden, idare sözleşmeden dönmüştür. Borç ilişkisini ortadan kaldıran bu dönüşün bir sonucu olarak hukuksal bağlantının kurulmasından önceki durumunun geri getirilmesi gerekir. Şayet sözleşmeden sonra da yükleniciye bir edimde bulunulmuş ve o şey halen borçlu yüklenici elinde aynen duruyorsa geri alınır. Aksi durumda geri verme borcunun doğduğu zamanki sürüm değeri üzerinden borçluya tazmin edilir.” (Aktaran: Doğanıyğit/ Güvendi, s.1265).

⁴³² Demirboğa, s. 213; Öz, s. 249-250.

3.3.3.3. Bedelin İadesi

Aynen iadenin mümkün olmadığı durumlarda karşı tarafın malvarlığına geçen şeylerin bedel iadesi yapılmaktadır. Bedel iadesi, iade konusu şeyin tarafın malvarlığına geçtiği dönem hesaplanan bedeli üzerinden gerçekleşmektedir.⁴³³ Bedel iadesinde, iade konusu şeyin ileride kazanacağı veya kaybedeceği değere göre bir değerlendirme yapılmamaktadır. Diğer bir ifadeyle sonradan oluşan kar veya zarar bedel iadesinde dikkate alınmamaktadır.

Yapım işleri sözleşmeleri açısından inşaatın yapılması için kullanılan malzemelerin bedel iadesi mümkün değildir. Zira kullanılan mallar ana yapının mütemmim cüzü haline gelmektedir. Bu durumda idarenin, ana yapıyı kendi malvarlığına geçirmesiyle iadenin tamamlandığı kabul edilmeli ayrıca malzemeler için bedel iadesine gidilmemelidir.⁴³⁴

3.3.4. Zararın Tazmini

3.3.4.1. Genel Olarak

Zarar, yüklenicinin kusurundan dolayı idarenin malvarlığında oluşan olumsuz etkileri ifade etmektedir.⁴³⁵ İdarenin zararı aynı zamanda kamunun zararı anlamına da geldiği için KİSK m. 22; “...sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.” hükmü ile zararın yüklenici tarafından karşılanması gerektiğini öngörmektedir. Zararın tazmini, TBK hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır. İdare, sözleşmenin sona erme haline göre menfi zarar veya müspet zararı, yükleniciden talep edebilmektedir.

⁴³³ Demirboğa, s. 214.

⁴³⁴ Öz, s. 251.

⁴³⁵ Ergüne, Mehmet Serkan: “Olumsuz Zarar”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2007, s.6; Oğuzman/ Öz, s. 280; Eren, s. 1078.

3.3.4.2. Müspet Zarar

Müspet zarar diğer adıyla olumlu zarar, sözleşmenin yüklenici tarafından sözleşmeye ve ihale dokümanına uygun olarak ifa edilmesi karşısında idarenin karşılaşmayacağı zararı ifade etmektedir.⁴³⁶ İdare tarafından müspet zararın talep edilebilmesi için idarenin üstüne düşen yükümlülükleri yerine getirmiş olması gerekmektedir.⁴³⁷

İdarenin yoksun kaldığı kâr diğer bir ifadeyle malvarlığında gerçekleşecek artışın gerçekleşmemesinin nedeni, yüklenicinin kusuru olmalıdır. Yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak sözleşmenin sona ermesi halinde yüklenici, müspet zararın tazminatını ödemek zorunda değildir.⁴³⁸

3.3.4.3. Menfi Zarar

Menfi zarar diğer adıyla olumsuz zarar, güven ilişkisi çerçevesinde kurulan sözleşmelerde, güvenin zedelenmesi sonucu doğan zararı ifade etmektedir.⁴³⁹ Başka bir ifadeyle *“hüküm ifade etmeyen bir borç ilişkisinin hüküm ifade ettiğinde veya hüküm ifade ediyormuş gibi sonuç doğuracağına güvenmekten doğan zarardır.”*⁴⁴⁰

Kamu ihale sözleşmeleri açısından idare, yüklenicinin kusuru ile sözleşmenin sona ermesi halinde menfi zararı talep edebilmektedir. Zira yüklenicinin kusuru nedeniyle

⁴³⁶ Jhering, Rudolf von: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher), 4. Band (1861), s. 1-112, Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Bad Homburg, Berlin, Zürich, Verlag Gehlen, 1969, s. 7-91, s. 7 (Aktaran: Ergüne, s. 35); Ergüne, s. 35-36; Demirboğa, s. 216.

⁴³⁷ Eren, s. 1078; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 856; Oğuzman/ Öz, s. 280-281.

⁴³⁸ Eren, s. 1078-1079; Aral, s. 165-166; Oğuzman/ Öz, s. 329.

⁴³⁹ Eren, s. 1079-1080; Ergüne, s. 40; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 855; Aral, s. 1677; Tandoğan, Haluk: “Türk Mesuliyet Hukuku”, Vedat Kitapçılık, 1961 Tarihli 1. Basıdan Tıpkı Bası Yapılmıştır, Ankara 2010. (Tandoğan, Mesuliyet), s. 427.

⁴⁴⁰ Jhering, s. 7 (Aktaran: Ergüne, s. 40).

sözleşme hüküm ve sonuç doğurmadığı için idare zarara uğramaktadır. Yargıtay da benzer hallerde idarenin menfi zararı talep edebileceğini öngörmektedir.⁴⁴¹

Genel hükümler çerçevesinde menfi zarar ile müspet zarar birlikte istenememektedir. İdare, uğramış olduğu zararın türüne göre menfi veya müspet zarardan birini talep edebilmektedir.

3.3.5. Kesin Teminatın Gelir Kaydedilmesi

Kesin teminat ve ek kesin teminat KİK'te; *“Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır.”*⁴⁴² şeklinde düzenlenmektedir.

Kesin teminat, isteklinin taahhüdünü, sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesini sağlamak amacıyla kanun koyucu tarafından getirilen bir düzenlemedir. Kesin teminat KİSK'in ilgili hükümleri çerçevesinde idarece gelir olarak kaydedilmekte veya yükleniciye iade edilmektedir.⁴⁴³ Kesin teminatın yükleniciye iadesi, KİSK m. 13'de düzenlenen hallerde gerçekleşmektedir.

Kesin teminatın idare tarafından gelir olarak kaydedilmesi halleri;

- *“Sözleşmenin izinsiz devri halinde (KİSK m.16),*

⁴⁴¹ Yargıtay 15. HD. 01.12.2016 T., 2016/4313 E., 2016/4946 K.; 15. HD., E. 2011/2716, k. 2011/2614

⁴⁴² KİK, m.43.Aynı Kanun'un 33. maddesinde geçici teminat düzenlenmektedir. Buna göre; *“İhalelerde, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır. İhale dokümanında belirtilmesi şartıyla, danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınması zorunlu değildir.”* Geçici teminat ihale konusunda gerçekten istekli olmayanların ihaleye katılarak ihaleye sekteye uğratmasının önüne geçilmek için getirilen bir sistemdir. İhale isteklinin üstünde kalmış ve Sözleşme imzalanmışsa kesin teminat, henüz Sözleşme yapılmamışsa geçici teminat kaybedilmektedir. Geçici teminatın gelir olarak kaydedilmesi, ihale üstüne kalan isteklinin Sözleşmeyi imzalamaması halinde karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren ile Sözleşme imzalanmak üzere idare hareket etmektedir. Bu teklif sahibi de Sözleşme yapmaya yanaşmazsa o da geçici teminatını kaybetmekte ve ihale iptal edilmektedir.

⁴⁴³ Altun, Muhsin: *“Kamu İhale Kanunu'nda Geçici ve Kesin Teminat Uygulaması”*, Mali Hukuk Dergisi, Y.: 18, S.: 104, s. 155-169, 2003, s.165-166.

- *Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu nedeniyle sözleşmenin sona ermesi halinde (KİSK m.17),*
- *Ortak girişimin ortaklarından birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu nedeniyle sözleşmenin sona ermesi halinde (KİSK m. 18),*
- *Yüklenicinin mali aczi nedeniyle sözleşmenin sona ermesi halinde (KİSK m.19),*
- *İdarenin sözleşmeyi feshetmesi halinde (KİSK m. 20),*
- *Yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu sözleşme aşamasında tespit edilmesi halinde (KİSK m. 21).”*

KİK m. 34’e göre; “*tedavüldeki Türk Parası, teminat mektupları, Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler*”, kesin teminat değeri olarak gösterilebilmektedir. İdare tarafından kesin teminat olarak alınan teminatlar, yüklenicinin borçları nedeniyle açılan icra takibi çerçevesinde haczedilemez veya ihtiyari tedbir kararının konusu olamaz (KİK m.34).⁴⁴⁴

Sözleşmenin sona ermesinde kesin teminat gelir olarak kaydedilemez ise kamu zararı ortaya çıkar. Zira kanunda açıkça öngörülen bir teminat, idarenin hesabına mahsup edilmemiştir.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ Çevre ve Şehircilik Bakanlığının T.: 11.08.2021, S.: E-14399437-622.02-1478211 yazısı da kanun hükmünü açıklayıcı nitelikte olup haczin mümkün olmadığını belirtmektedir. Yargıtay’ın da benzer yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay 8. HD., T.: 03.10.2016, E.: 2014/26001, K.:2016/13002 sayılı Kararı. (E.T.:11.03.2024, E.A: <https://webdosya.csb.gov.tr/db/yerelyonetimler/icerikler/tem-natin-hacz--hk.-20210819125734.pdf>)

⁴⁴⁵ Sayıştay, 5.D., Tut. No.: 11661, T.: 14.05.2009; “...Savunmada, sözleşmenin 10.ncu maddesi hükmü gereğince işin tamamının süresinde bitirilmemesi halinde gecikme cezası öngörüldüğü için herhangi bir ceza kesintisinin yapılmadığı belirtilmişse de, anılan iş öngörülen süre içinde sonuçlanmamış olup, yüklenici taahhüdünü yerine getirmediği için sözleşme feshedilmiştir. Dolayısıyla yukarıda da açıklandığı üzere feshe bağlı hükümlerin uygulanması gerekir. Ayrıca kesin teminatla ilgili olarak ...Asliye Hukuk Mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı olması nedeniyle gelir kaydı yapılamadığı belirtilmişse de, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 34. maddesindeki ‘Her ne suretle olursa olsun, idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyari tedbir konulamaz.’ hükmü karşısında savunmayı kabul etme imkanı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesi nedeniyle sözleşme feshedildiği halde anılan hükümler gereğince ihtar çekilmesi ile fesih kararı arasında geçen süre için gecikme cezası kesilmemesi ve kesin teminatın gelir kaydedilmemesi sonucu oluşan ...YTL kamu zararının sorumlulara müştereken ve müteselsilen ödettilmesine karar verildi.” (E.A.: <https://www.sayistay.gov.tr/pages/120-yargi-kararlari?lang=tr>, E.T.:13.03.2024)

3.3.6. İhalelere Katılmaktan Yasaklanma

KİSK m. 26 kapsamında düzenlenen ihalelere katılmaktan yasaklanma, yüklenicinin yasak fiil ve davranışlarına karşı idari bir yaptırımdır.⁴⁴⁶ İdari yaptırım⁴⁴⁷ olması sebebiyle özel hukuk niteliğinde olan sözleşmelerden ayrı değerlendirme alanı bulmaktadır. Zira bu yaptırım, yüklenicinin daha sonra idari işlem niteliğinde olan ihalelere katılmasını engellemektedir. Ayrıca idari yaptırım olması nedeniyle bu konuya ilişkin itiraz ve davalar, idari yargının konusunu oluşturmaktadır.⁴⁴⁸

İhalelerden yasaklama kararı, *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 bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde İçişleri Bakanlığı; belediyeler ve bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilir.*⁴⁴⁹ Yasaklama kararının verilmesi zaman alacaksa, karar verilene kadar yüklenici, aynı idare tarafından düzenlenen ihalelere katılamamaktadır.⁴⁵⁰ Böylece yüklenicilerin, yasaklama kararının

⁴⁴⁶ Şimşek, Abdullah: “4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda Düzenlenen Cezai ve İdari Yaptırım”, Mali Hukuk Dergisi, Y.: 18, S.: 104, s. 123-136, 2003, s. 129; Sırabaşı, Volkan: “Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklanma Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s. 373-374.

⁴⁴⁷ Danıştay 13. D., E. 2022/ 2299, K. 2022/2673 sayılı Karar; “Danıştay içtihatlarında da istikrarlı bir şekilde ihalelerden yasaklama işleminin asıl olarak cezai nitelikte bir yaptırım olduğu (bkz: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2017/280, K:2019/1555, 04/04/2019; Onüçüncü Daire, E:2014/5202, K:2015/765, 25/02/2015) ve idarî yaptırım niteliği taşıyan ihalelere katılmaktan yasaklama kararının iptali istemiyle açılan davalarda çekirdek ceza hukuku güvencelerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir (bkz: Onüçüncü Daire, E:2015/3921, K:2021/4098, 01/12/2021; E:2013/190, K:2019/1627, 09/05/2019; E:2013/1119, K:2019/1059, 03/04/2019; E:2013/2468, K:2019/881, 21/03/2019; E:2013/2523, K:2019/552, 25/02/2019; E:2013/722, K:2017/25, 04/01/2017; E:2014/3269, K:2016/2276, 08/06/2016; E:2010/1447, K:2015/2656, 25/06/2015).” (E.A.: <https://karararama.danistay.gov.tr/>, E.T.: 26.03.2024).

⁴⁴⁸ Şimşek, s. 130-131. Yargıtay, 15. HD., E. 2015/3478, K. 2016/2904; “...kısaca yasaklanma kararı nedeniyle doğan zarar idarenin işlem ve eyleminden kaynaklandığından idari işlemin (yasaklama kararının) iptâlîne veya idari işlem (yasaklama kararı) nedeniyle uğranılan zararların tazminine ilişkin davaların idari yargıda açılması gerekir. Adli yargının görev alanı sözleşmeye bağlanan ihalelerle sınırlıdır. Her ihale ve sözleşme diğerinden bağımsız olduğundan yasaklama kararı nedeniyle sözleşmeye bağlanmadan iptâl edilen ihalelerden veya yasaklama kararı nedeniyle ihalelere girilememesinden kaynaklanan zararları "feshedilen sözleşme kapsamında uğranılan zarar" olarak kabul etmek ve davaya adli yargıda bakmak mümkün değildir. Sözleşmeye bağlanmadan iptâl edilen ihaleler adli yargının görev alanı dışında kalır.” (E.A.: <https://karararama.yargitay.gov.tr/index>, E.T.: 23.03.2024).

⁴⁴⁹ KİSK m. 26.

⁴⁵⁰ KİSK m. 26; Maddenin gerekçesi; “Kamu İhalelerin sonucunda düzenlenen sözleşmelerin uygulanması sırasında idarelerin zararına sebep olunmasını önlemek, işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek amacıyla; yasak olan fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilenlerin, fiil veya

etrafından dolanması önlenmektedir. Ayrıca ortaklıkları veya alt yüklenicileri ile ihaleye katılmaya çalışan ihaleden yasaklı yükleniciler, bu durumunun ihale aşamasında tespiti halinde geçici teminatlarını kaybetmektedir.

Yaptırım niteliği itibarıyla yüklenicilerin, yasaklı fiil ve davranışta bulunarak kamu zararı oluşturmalarının önüne geçmeyi hedeflemekle birlikte ihaleden yasaklıların Resmî Gazete yayımlanması ile ticari itibarını korumak isteyen yüklenicilerin gerekli dikkat ve özeni göstermesini sağlamaktadır.

İhalelere katılmaktan yasaklanma halleri;

- İhale aşamasında yasaklı fiil veya davranışta bulunulması (KİK m. 17)
- Sözleşme aşamasında yasaklı fiil veya davranışta bulunulması (KİSK m. 26)
- Sözleşmenin izinsiz devri (KİSK m. 16)

Yasaklama kararı, yasaklanma sebebine bağlı olarak bir veya iki yıl süreyle verilmektedir.

3.3.7. Yüklenicinin Mallarının Satın Alınması

Yapım işleri sözleşmeleri için geçerli olan yüklenicinin mallarına el konulması YİĞŞ m. 48’de düzenlenmektedir. Buna göre sözleşme sona erdikten sonra yüklenici, yapım işinde kullanılan malzemeleri idarenin izni olmadan alamamakta veya başka yere götürememektedir. Önleyici tedbir olarak getirilen bu düzenleme, idarenin işi

davranışlarının özelliğine göre sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından haklarında maddede belirlenen süre ile kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği hüküm altına alınmıştır. Yasaklananların başka bir yöntem izleyerek dolaylı olarak kamu ihalelerine teklif vermesini önleme üzere, haklarında yasaklama kararı verilen gerçek veya tüzel kişilerin ortağı buldukları şirketler veya ortaklarına da sermaye veya şahıs şirketi ayrımı yapılarak aynı müeyyideden uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Yasaklama kararlarının yürürlüğe girmesinin zaman alacağı göz önüne alınarak, bu fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenlerin yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmeyecekleri düzenlenmiştir.” (Aktaran: Şimşek, s. 130-131.)

tamamlamak istemesi halinde malzemeleri yükleniciden satın almasını kolaylaştırmaktadır.⁴⁵¹

İdare bu hükmün gerçekleşmesi için gerekirse malları müsadere etmektedir. Müsadere, idarenin malları satın alıp almama konusunda kararının kesinleşmesine kadar geçerliliğini korumaktadır.⁴⁵² İdare, satın alma işlemi için yüklenicinin rızasına ihtiyaç duymamaktadır. Malzemeler, hakedişe girdikleri ihrazat bedelleri üzerinden satıl almaktadır (YİĞŞ m.48).

3.4. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN YÜKLENİCİYE KUSUR ATFEDİLEMİYEN SEBEPLERLE SONA ERMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

3.4.1. Genel Olarak

Sözleşmeler, yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak da sona erebilmektedir. Bu halde sözleşme ileriye etkili olarak sona ereceği için yüklenici, o zamana kadar tamamladığı işlerin bedelini hak etmektedir. Zira yüklenicinin, kusurunun olmadığı sebeplerden dolayı cezalandırılması ve alacağını temin edememesi, hakkaniyete aykırılık teşkil edecektir. Yüklenici, o zamana kadar tamamladığı işler için hakediş ödemelerini almakla birlikte kalan kısım için ifa etme borcundan kurtulmaktadır. TBK m. 136 ve devamında düzenlenen ifa imkânsızlığı hükümleri kamu ihale sözleşmeleri açısından da geçerli olacaktır.⁴⁵³

⁴⁵¹ Karaca, s. 129; Bilir, s. 220.

⁴⁵² Gök, “Yapı İşleri”, s. 541-542.

⁴⁵³ Yargıtay, 3. HD., E. 2013/10595, K. 2013/12801, T. 17.09.2013 sayılı Kararı.

3.4.2. Kesin Teminatın İadesi ve Hesabın Tasfiyesi

Yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak sözleşmenin sona ermesi halinde idare tarafından görevlendirilen heyet, Durum Tespit Tutanağı hazırlamaktadır. Tutanak ile işlerin mevcut durumları, tasfiye aşamasına kadar yapılan iş ve eylemler ile ödenen bedeller ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak sözleşme sona erdiği için yüklenicinin, ihale aşamasında ödediği teminatlar iade edilmektedir. İşin tamamlanan kısımları için hesabın tasfiyesi, sözleşmede öngörülen şekilde gerçekleşmektedir (YİGŞ m. 47).

Yapım işleri sözleşmeleri açısından idarenin, yükleniciye ait malları satması ancak yüklenicinin izni ile gerçekleşmektedir. Yüklenicinin kusuru ile sona ermeden farklı olarak burada yüklenicinin rızası aranmaktadır (YİGŞ m. 47).

3.5. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN DENETİMİ

3.5.1. Genel Olarak

İhale süreci ve ihale sonrası sözleşme aşaması, hukukun birçok dalını ilgilendiren özel bir alandır. Sürecin uzun ve karmaşık yapısının yanı sıra sona ermesine bağlı uyuşmazlıkların çözümü ve sözleşmelerin denetimi de benzer bir karmaşıklıkta içinde barındırmaktadır. Özellikle süreç boyunca başvurulacak yargı veya denetim organının türü, başvuru konusuna göre değişiklik göstermektedir.

Süreç idarenin ihale kararı alması ile başlamaktadır ve idari yargı kapsamındadır. Zira idari yargı, idarenin eylem ve işlemlerinin ilgili mevzuata uygunluğunu denetlemektedir.

İhale süreci boyunca taraflar, ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, idari yargıya başvurmakta ve uyuşmazlığın çözümünü talep etmektedir.

Ayrıca 4734 sayılı Kanun'un Üçüncü Kısım, Birinci Bölümü'nde görev ve yetkileri düzenlenen Kamu İhale Kurumu, aynı Kanun'da düzenlenen işlemlerin doğru uygulanmasını sağlamak, ihale süreci ve sözleşme sürecine ilişkin mevzuatı hazırlamak ve Kanun'da sayılan sair işleri yapmakla görevlidir.

İhale sürecinin sonunda sözleşmenin imzalanması ile bu noktadan sonra adli yargı görevlidir. Zira sözleşmeler, özel hukuk niteliğine haiz sözleşmelerdir. Taraflardan biri idare olmasına karşın sözleşme hükümleri gereği idare, yüklenici ile eşit konumdadır. Diğer bir ifadeyle idare tarafı olduğu kamu ihale sözleşmelerinde, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmadığı için uyuşmazlıkların çözümünde adli yargıya başvurulmaktadır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda uyuşmazlıkların çözümü için adli yargının görevli olduğu açıkça belirtilmemiş olmasına karşın Kanun'un 36. maddesinde TBK'nın kıyasen geçerli olduğu düzenlenmekle birlikte kıyasen bu sonuca varılabilmektedir.

Buna ek olarak aynı Kanun'un Ek 1. maddesinde yapım işi sözleşmelerinin uygulanması ve bu hususa dair çıkan bir anlaşmazlığın incelenmesinde Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı'nın görevli olduğu düzenlenmiştir. Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı'nın anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin görevinin kapsamı, adli yargı ve Sayıştay incelemesi dışında kalan konularla sınırlıdır.

Sayıştay'ın Sözleşmeler üzerindeki denetimi, Anayasa m. 160 ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu (SK)⁴⁵⁴, nundan kaynaklanmaktadır. Zira Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında Sözleşmenin tarafı olabilecek kurum ve kuruluşların büyük bir kısmı

⁴⁵⁴ R.G., T.:19.12.2010, S.:27790.

Sayıştay denetimine tabi kurum ve kuruluşlardır. Bu nedenle Sayıştay'ın bu kurumlar üzerinde yapacağı mali denetim, performans denetimi ve uygunluk denetimi, bu kurumlarca yapılmış sözleşmeleri de kapsayacaktır.

Ayrıca her geçen yıl uygulama alanı genişleyen tahkim de kamu ihale sözleşmeleri açısından kullanılan bir yöntemdir. Hem iç hukukumuzda hem uluslararası hukukta uyuşmazlıkların hızlı ve güvenilir şekilde çözümlenmesini sağlayan tahkim, taraflara, yargı yoluna başvurmadan anlaşmazlıkları giderme fırsatı vermektedir. 4735 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan Tip Sözleşmenin 31. maddesine göre, taraflar sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için Türk mahkemelerine ya da tahkim yoluna başvurabilmektedir.⁴⁵⁵

3.5.2. Adli Yargı Kapsamında Uyuşmazlıkların Çözümü

3.5.2.1. Genel Olarak

Çalışmamızın 1. bölümünde detaylıca anlatıldığı üzere kamu ihale sözleşmeleri, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu kabul, Uyuşmazlık Mahkemesinin adli yargı-idari yargı ayrımı⁴⁵⁶ için kullandığı “İdari Sözleşme Ölçütü” çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bu ölçüte göre, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanarak yapmış olduğu sözleşmeler, idari sözleşme olarak kabul edilmekte ve anlaşmazlıklar idari yargı kapsamında çözümlenmekteyken idarenin, sözleşmenin karşı

⁴⁵⁵ Ateş, Yaşar: “4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Uygulamalar”, Sayıştay Başkanlığı, 2023, s. 38.

⁴⁵⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, adli yargı-idari yargı ayrımı yaparken birden fazla ölçüt geliştirmiştir. Bunlar; hakimiyet-tenşiyet tasarrufu ölçütü, kamu hizmeti ölçütü, kamu kanunu ölçütü, idari işlem ölçütü, idari eylem ölçütü, idari sözleşme ölçütüdür. Adli yargı-idari yargı ölçütleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz.: Gürgen, LÜTFİ: “Adli Yargı- İdari Yargı Görev Ayrımı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisans Projesi, Ankara 2006.

tarafı gerçek veya tüzel kişilerle eşit taraf olarak yaptığı sözleşmelerdir ve adli yargı kapsamında çözümlenmektedir.⁴⁵⁷

Kamu ihale sözleşmeleri adli yargının kapsamına girmektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşmelerden çıkan bir uyuşmazlık sebebiyle taraflar adli yargıya başvurmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin de yerleşik içtihatları bu yöndedir.⁴⁵⁸

Buna karşın doktrinde mevcut olan karşıt görüş, kamu ihale sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümleneceğini savunmaktadır. Kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme kriterlerini sağladığını bu nedenle özel sözleşme olarak nitelendirilemeyeceğini de belirten bu görüş sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların doğası gereği idari yargıya daha uygun olduğunu belirtmektedir. Ayrıca hüküm bulunmayan haller açısından borçlar hukuku hükümlerinin uygulama alanı bulacağına

⁴⁵⁷ Buz, s.50-51; Kalabalık, s. 147-148; Odyakmaz, s.2-4, Gözler, Kemal: “Hukuka Giriş”, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 12. Baskı, 2015, s. 104-105.

⁴⁵⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi E. 2021/449, K.2021/651 sayılı Kararı; “...Buna göre, İdarelerce 4734 ile 4735 sayılı kanunlar kapsamında ihaleye çıkılması aşamasında, ihalenin sonuçlanıp kesinleşmesine kadar geçen süreçte tesis edilen işlemlerin idari nitelikte olduğu kabul edilmekte ve bu aşamada ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünün idari yargı yerlerine, ihalenin kesinleşmesi ve sözleşmenin akdedilmesinden sonraki aşamada idare ile yüklenici arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüş ve çözümünün ise özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerine ait olduğu genel kabulü doğrultusunda; dava konusu işlemin ihale sonucunda imzalanan sözleşmenin tasfiyesine ilişkin olduğu; uyuşmazlık, sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanmasa da sözleşme hükümlerinin borçlar hukuku kapsamında yorumlanmasından kaynaklandığı; bu itibarla, ihale aşaması tamamlanıp taraflar arasında sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkan ve sözleşmenin imzalanmasından önceki olgu ve olaylara da dayanmayan uyuşmazlığın görüş ve çözümünde adli yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır. (E.A.:<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/8994e7cc-9546-422a-8490-373954a500c5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.: 21.03.2024).

Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2019/859, K. 2020/162 sayılı Kararı; “... İdarelerce mal veya hizmet alımı için ihaleye çıkılması safhasında ihalenin sonuçlanıp kesinleşmesine kadar geçen aşamada tesis edilen işlemlerin idari nitelikte olduğu kabul edilmekte ve bu aşamada ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünün idari yargı yerlerine, ihalenin kesinleşmesi ve sözleşmenin akdedilmesinden sonraki aşamada idare ile yüklenici arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüş ve çözümünün ise özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerlerine ait olduğunda kuşku bulunmamaktadır.” (E.A.:<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/7e99d142-db1a-41cb-ab36-4837082a241c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.: 27.03.2024). Benzer yönde Danıştay 13. Daire Kararları; “T.:15.09.2021, E.:2021/1554, K.:2021/2874; T.:14.06.2022, E.:2021/5066, K.: 2022/2622; T.: 26.09.2022, E.: 2022/3422, K.:2022/3349; T.: 01.12.2022, E.: 2022/3756, K.: 2022/4564; T.:26.01.2023, E.: 2023/13, K.:2023/371; T.:22.02.2023, E.: 2022/4721, K.:2023/775; T.: 22.03.2023, E.:2023/350, K.:2023/1331”. (Aktaran: DANIŞTAY BAŞKANLIĞI, İçtihat, Raporlama ve İstatistik Birimi: “Kamu İhaleleri ve Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar Hakkında Karar Bülteni”, Bülten:6, Ankara 2023).

dair kabulün, idari sözleşmeler açısından da mümkün olacağıın altı çizilmektedir. Fransız hukukundaki düzenlemeleri de örnek alan bu görüş, Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatlarının yerinde olmadığını söylemektedir.⁴⁵⁹

Kanaatimizce kamu ihale sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmesidir ve adli yargının görev alanına girmektedir. Zira çalışmamızda sıkça bahsedildiği üzere sözleşmeler açısından KİK ve KİSK’de hüküm bulunmadığı hallerde TBK ve TTK gibi özel hukuktan doğan hükümler uygulanmaktadır. Bu hükümlerin, sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanmasında ise adli yargı hâkimi, idari yargı hâkimine göre daha ehil olacaktır. Ayrıca kamu gücü ayrıcalıklarına bağlı hükümleri uyuşmazlıkların çözümünde kullanan idari yargının, tarafların eşit konumda olduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda doğru karar vermesi pek mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte sözleşme imzalandıktan sonra *sebep unsuru ihale sürecine ilişkin olan uyuşmazlıklarda* idari yargı görevli olmaya devam edecektir.⁴⁶⁰

3.5.2.2. Adli Yargı Organlarının Kamu İhale Sözleşmelerine Dair Uyuşmazlıklardaki Görev ve Yetkileri

Adli yargı, sözleşmeler açısından yargısal başvuru yolunu ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşmeler bakımından dava konusu olan her anlaşmazlık, adli yargının görev alanına girmektedir. Taraflar, sözleşmenin feshinden birim fiyat uyuşmazlıklarına kadar dava edilebilir her konu hakkında adli yargıya başvurabilmektedir.

⁴⁵⁹ Kamu ihale sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerektiğini savunan bu görüşe dair detaylı bilgi için bkz.: Gözler/ Kaplar, s. 489-492.

⁴⁶⁰ Benzer yönde Danıştay 13. Daire Kararları; “T.: 12.02.2019, E.: 2016/2158, K.:2019/361; T.: 08.12.2020, E.:2020/3377, K.:2020/3585; T.:23.03.2022, E.:2020/2943, K.:2022/1179; T.:10.01.2023, E.:2022/4989, K.:2023/42; T.:09.02.2023, E.:2018/2543, K.:2023/535; T.:15.02.2023, E.:2021/3775, K.:2023/604”. (Aktaran: DANIŞTAY BAŞKANLIĞI, İçtihat, Raporlama ve İstatistik Birimi: “Kamu İhaleleri ve Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar Hakkında Karar Bülteni”, Bülten:6, Ankara 2023).

Uyuşmazlığın, adli yargıda, hangi mahkemenin görev alanına girdiğinin belirlenmesi ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)⁴⁶¹ hükümleri çerçevesinde yapılmaktadır.

Buna göre aksi kanunla düzenlenmediği sürece Asliye Hukuk Mahkemeleri, sözleşmeler açısından görevlidir. Ancak özellikle TTK'da ticari dava olarak kabul edilen hususların⁴⁶², sözleşmelerde mevcut olması halinde Asliye Ticaret Mahkemeleri, sözleşmeler açısından görevli olacaktır. Bu nedenle sözleşmelerden doğan bir uyuşmazlık sebebiyle dava açmak isteyen taraf, öncelikle dava konusuna göre hangi mahkemenin görevli olduğunu iyi belirlemeli, ardından da HMK'nın yetkiye ilişkin hükümleri çerçevesinde dava açılacak yerin tespitini yapmalıdır.

Taraflar dava yoluna gitmeden önce veya davanın görülmesi sırasında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁴⁶³ gereği arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilmektedirler. Aynı şekilde Mahkeme de tarafları arabulucuya gitmeleri konusunda teşvik edebilmektedir. Taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmışlarsa, şerhi içeren anlaşma ilam hükmündedir.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ R.G., T.:04.02.2011, S.:27836.

⁴⁶² Ticari dava kabul edilen hususlar TTK m. 4/1'de sayılmış olmakla birlikte Kooperatifler Kanunu m. 99, İcra İflas Kanunu m.154, Finansal Kiralama Kanunu m. 31, Ticari İşletme Rehni Kanunu m. 22 gibi özel kanunda sayılan hususlar da ticari dava niteliğindedir ve Asliye Ticaret Mahkemelerinin görev alanına girmektedir.

⁴⁶³ R.G., T.:22.06.2012, S.:28331.

⁴⁶⁴ Ateş, Y., s. 42-43.

3.5.3. Kamu İhale Kurumu'nun Uyuşmazlıkların Çözümündeki Rolü

3.5.3.1. Genel Olarak

Kamu İhale Kurumu (Kurum), 4734 sayılı Kanun'un, "Kamu İhale Kurumu, Şikâyetlerin İncelenmesi ve Anlaşmazlıkların Çözümü" başlıklı Üçüncü Kısımının, "Kamu İhale Kurumu" başlıklı Birinci Bölümünde düzenlenmektedir. Kurumun görev ve yetkilerinin yanı sıra işleyişine dair hükümler de bu başlık altında toplanmaktadır. Ayrıca aynı Kanun'un devam hükümlerinde tarafların Kurum'a yaptıkları şikâyetlerin inceleme esas ve usulleri de düzenlenmektedir.

Kurum, *kamu tüzel kişiliğine haiz, idari ve mali özerkliğe sahiptir* (KİK m. 53/a) ve Kurum, görevini yerine getirirken bağımsız olarak hareket etmektedir. Kurum'un asli görevi, kamu kurum ve kuruluşları tarafından gerçekleştirilen ihalelerin, mevzuata uygunluğunu denetlemek ve bu konuda gelen şikâyetleri incelemektedir (KİK m. 53/b-1). Ayrıca ihaleye ve sözleşmelere ilişkin mevzuatın hazırlanması da Kurum'un görev alanındadır.

Kurum bünyesinde bulunan Kamu İhale Kurulu⁴⁶⁵ ile ihale ve sözleşmeye ilişkin kararları almaktadır. Kararlar; Uyuşmazlık Kararları, Düzenleyici Karar ve Mahkeme Kararı olarak üçe ayrılmaktadır.⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ Kamu İhale Kurulu'nun çalışmalarına dair usul ve esaslar, KİK ve Kamu İhale Kurumu Teşkilatı ve Personelinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (R.G., T.:01.12.2009, S.:27419) tarafından düzenlenmektedir.

⁴⁶⁶ Kurul'un aldığı Uyuşmazlık Kararları, Düzenleyici Kararlar ve Mahkeme Kararları için ayrıca bkz.: E.A.: <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, E.T.: 23.03.2024.

Uyuşmazlık Kararları, yapılan ihaleye karşı olan şikâyetlerin mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenip karara bağlanmasını ifade etmektedir. Kurul yapılan şikâyetler sonucunda;

- “İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemlerle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,
- İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,
- Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikâyete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikâyet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine”⁴⁶⁷ karar vermektedir.

Düzenleyici Kararlar, Kurul’un mevzuattaki bir maddenin uygulanmasına dair tereddütleri gidermek amacıyla aldığı açıklayıcı kararlardır.

Kurul’un aldığı Uyuşmazlık Kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Kurul’un kararlarından memnun olmayanlar idari yargı mercilerine başvurarak Kurul’un kararının iptalini isteyebilmekte ve ihale ile ilgili şikâyetlerinin karara bağlanmasını talep edebilmektedir. Bu kapsamda Uyuşmazlık Kararlarına karşı idari yargı tarafından verilen kararlar, Kurul tarafından Mahkeme Kararları başlığı altında incelenmekte ve Kurul mahkeme kararlarına uyacağını bu başlık altında ilgililere bildirmektedir.

⁴⁶⁷ KİK, m. 54.

3.5.3.2. Kamu İhale Kurumu'nun Uyuşmazlıkların Çözümü Noktasında Görev ve Yetkileri

Kamu İhale Kurumu görüldüğü üzere ihale sürecine dair şikayetleri incelemekte ve ilgili mevzuatla ilgili tereddütleri gidermektedir. Kurum'un, sözleşmeler üzerindeki etkisi de tam bu noktada çıkmaktadır. Sözleşmeye ilişkin mevzuattaki bir maddenin uygulanmasında bir tereddüt meydana gelmişse veya madde hükmü yeterince açık değilse Kurul, bu konuda bir açıklama yaparak veya görüş bildirerek tereddütü ortadan kaldırmaktadır. Kurul, sözleşmeye ilişkin kararları, ilgilinin başvurusuyla veya resen alabilmektedir.

3.5.4. Sayıştay'ın Kamu İhale Sözleşmeleri Üzerindeki Denetimi

3.5.4.1. Genel Olarak

Sayıştay'ın görev ve yetkileri, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu m.5-6'da düzenlenmektedir. Sayıştay, kanunda sayılan idari kurumların mali, uygunluk ve performans denetimini yapmaktadır.

Mali denetim, denetime tabi idari kurumun mali faaliyetlerine ilişkindir. Mali faaliyetlerin ve raporların doğruluğu üzerine yapılan bu denetim, ulusal ve uluslararası standartlara uyulması adına idari kurumlara görüş bildirimini de kapsamaktadır (SK m.2).

Uygunluk denetimi, *kamu idarelerinin gelir, gider ve mallarına ilişkin hesap ve işlemlerinin kanunlara ve diğer hukuki düzenlemelere uygunluğunun incelenmesine ilişkin denetimi* ifade etmektedir (SK m.2). Performans denetimi, *Hesap verme sorumluluğu çerçevesinde idarelerce belirlenen hedef ve göstergeler ile ilgili olarak faaliyet sonuçlarının ölçülmesi* anlamına gelmektedir (SK m.2)

Sayıştay, denetim kapsamına giren kamu idarelerinin, SK'da öngörülen şekilde denetimlerini tamandıktan sonra bu denetimlere ilişkin raporları, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'ne sunmaktadır. Diğer bir ifadeyle Sayıştay, TBMM adına kamu idarelerinin mali yönden denetimini sağlamaktadır.

3.5.4.2. Sayıştay Denetiminin Kapsamı

Kamu harcamalarının önemli bir bölümü, mal alım, hizmet alım ve yapım işleri ile gerçekleşmektedir. KİK'de düzenlenen özel haller dışında bu harcamalar ihale ile yapılmak zorundadır. KİK kapsamında ihaleyi gerçekleştiren kamu kurum ve kuruluşlarının büyük çoğunluğu, Sayıştay Kanunu'nda denetim kapsamına giren kamu idarelerini oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle KİSK kapsamındaki sözleşmelerin tarafı olan idarelerin önemli bir bölümü Sayıştay denetimine tabi olduğu için bu idarelerce hazırlanan sözleşmeler de Sayıştay denetimi kapsamına girmektedir.⁴⁶⁸

Bu bağlamda Sayıştay, kamu idarelerinin taraf olduğu sözleşme ve eklerinin mali mevzuata uygunluğunu denetlemekle birlikte sözleşmelerin uygulanması sırasında meydana gelen kamu zararını da tespit etmektedir. Kamu zararının tespiti, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu⁴⁶⁹ m. 71⁴⁷⁰ ve devam hükümlerine göre yapılmaktadır.

Sayıştay denetimi, kamu idaresinin mali yönetimi ve iç sistemlerinin değerlendirilmesi amacı taşımanın yanı sıra kamu zararının önlenmesi amacı da taşımaktadır. Zira ihale sürecinde ekonomik olarak en avantajlı teklif seçildikten sonra yapılan sözleşmede, kamu zararının oluşmasına neden olacak bir davranış, ihale aşamasını anlamsız kılacaktır. İdare'nin ihale ve sözleşme sürecinde kamu mallarının doğru ve etkin kullanımını

⁴⁶⁸ Gönen/ Işık, s. 349-351.

⁴⁶⁹ R.G., T.:4.21.2003, S.:25326.

⁴⁷⁰ 5018 sayılı Kanun m.71.

sağlama yükümlülüğü, kamu zararının meydana gelmesini önleme yükümlülüğünü de kapsamaktadır. İdarenin bu yükümlülüğe aykırı davranışları ise Sayıştay denetimi ile tespit edilmektedir.⁴⁷¹ Sayıştay denetiminin kapsamı, 5018 sayılı Kanun'un yanı sıra her sene hazırlanan Merkezi Yönetim Bütçe Kanunlarına uygunluğu da içermektedir.⁴⁷²

Tüm bu denetimler sonucunda sözleşmelerde kamu zararına neden olan bir hususun tespit edilmesi halinde Sayıştay tarafından hesap yargılaması yapılmaktadır. Hesap yargılaması, SK m. 48 ve devam hükümlerinde düzenlenen usul ve esaslara göre yapılmaktadır. Hesap yargılaması sonucunda *kamu zararının sorumlulardan tazminine hükmedilmektedir* (SK m. 50/1).⁴⁷³

3.5.5. Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı'nın Uyuşmazlıkların Çözümündeki Rolü

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na bağlı olarak kurulan Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı'nın görev ve yetkileri KİSK, Beşinci Kısım, Ek Madde-1 ve 1 Numaraları Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmektedir.⁴⁷⁴

Yüksek Fen Kurulu'nun sözleşmelere ilişkin yukarıda sayılan görev ve yetkileri, adli yargı ve Sayıştay denetimi dışında kalan konuları kapsamaktadır (KİKS Ek Madde-2). Yüklenici veya idare bu kapsama giren konularla ilgili olarak Yüksek Fen Kurulu'na başvurarak anlaşmazlığın giderilmesini talep edebilmektedir.

⁴⁷¹ Sayıştay Başkanlığı, "Kamu İhale Kurumu 2019 Yılı Sayıştay Denetim Raporu", 2019; Işık, Serkan/ Engin, Rıdvan: "Sayıştay'ın Belediyeler Üzerindeki Denetimlerinde Ulaştığı Kamu Alımlarına İlişkin Bulguların Değerlendirilmesi", Denetim (25), s. 160-178, 2022, s.163.

⁴⁷² Sayıştay denetimine ilişkin geçmiş yıllardaki uygulamalar için bkz.: Sayın, İsmail Hakkı: "Kamu İnşaatlarında Hakediş Raporlarının Düzenlenmesi ve Denetimi", Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 499-547.

⁴⁷³ Hesap yargılaması sonucunda kişilerin sorumluluğuna dair detaylı bilgi için bkz.: Gök, "Uygulama" s. 995-1013.

⁴⁷⁴ Yüksek Fen Kurulu Başkanlığı: "T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yüksek Fen Kurulu Karar ve Görüşler", 2005-2020, Giriş Bölümü.

3.5.6. Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü

Tahkim, taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların, bir veya daha fazla tarafsız ve bağımsız hakem tarafından çözüme kavuşturulmasını sağlamaktadır. Esnek, hızlı ve pratik bir yöntem olan tahkim, aynı zamanda sunduğu gizlilik ile karmaşık ve teknik özelliğe haiz uyuşmazlıklarda sıkça tercih edilmektedir.⁴⁷⁵ Kamu hizmetinin görülmesi amacıyla kurulan kamu ihale sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde de tahkim tercih edilen bir yöntemdir. Zira kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi gereğince kamu hizmetinin kesintisiz ve düzenli olarak sunulması için ortaya çıkan uyuşmazlıkların en kısa zamanda çözüme kavuşturulması gerekmektedir ve bu durum tahkimi cazip hale getirmektedir.

Ülkemizde 1980’li yıllardan itibaren kamu ihale sözleşmelerinde tahkim yolunun kullanımını gündeme gelmiştir. Ancak Devlet İhale Kanunu’nun 8. maddesi ile bu kanuna tabi ilgili yönetmelikler ve tip şartnameler, uyuşmazlıklarda yalnızca devlet mahkemelerini yetkili kılmış ve tahkim yolunun önünü kapatmıştır.⁴⁷⁶ Bu durum doktrinde sıkça eleştirilmiştir. 2000’li yılların başında, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁴⁷⁷, nun da yürürlüğe girmesi ile birlikte bu hususa ilişkin değişiklik kaçınılmaz hale gelmiştir. 2002 yılında yürürlüğe giren KİK ve KİSK ile uluslararası tahkim, yabancılık unsuru içeren kamu ihale sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak bir yöntem haline gelmiştir.⁴⁷⁸

⁴⁷⁵ Tahkim hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz.; Akıncı, Ziya: “Milletlerarası Tahkim”, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul 2021; Dayımlarlı, Kemal: “Milletlerarası Tahkim Rehberi”, Dayımlarlı Yayıncılık, 2014; Konuralp, Cengiz Serhat: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011; Özbek, Mustafa Serdar: “Tahkim Hukuku”, Cilt: I-II, Yetkin Yayınları, 2022; Kalpsüz, Turgut: “Türkiye’de Milletlerarası Tahkim”, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2010.

⁴⁷⁶ İnan, Atilla: “Kamunun Taraf Olduğu Özel Hukuk Sözleşmelerinin Çözümünde Tahkim Yolu”, Sayıştay Dergisi (20), s.:3-9.

⁴⁷⁷ R.G., T.:05/07/2001, S.:24453.

⁴⁷⁸ Gönen/Işık, s. 172-173.

Uluslararası tahkimin önündeki engelin kanunen kaldırılmasıyla özellikle yapım işleri sözleşmelerinde tahkim tercih edilmeye başlanmıştır. FIDIC Şartnameleri kapsamında düzenlenen yapım işleri sözleşmeleri, yabancı inşaat firmalarının Türkiye'deki kamu kurum ve kuruluşları ile yapmış olduğu sözleşmeler ile Türk inşaat firmalarının yabancı devlet idareleri ile yapmış olduğu sözleşmeleri kapsamakta ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda, uluslararası tahkim mekanizması yetkili kılınmaktadır.⁴⁷⁹

Ancak 2000'li yıllarda ülkemizdeki kamu kurum ve kuruluşları, sözleşmeye tahkim klotunu eklemekten imtina etmiştir. Bu çekincenin nedeni idareler tarafından net bir şekilde ifade edilmese de bazı uygulayıcılar, çekincenin sebebini Sayıştay'ın o dönem sahip olduğu tescil yetkisine bağlamaktadır. Sayıştay'ın tescil yetkisi, 832 sayılı Sayıştay Kanunu⁴⁸⁰,nda düzenlenmekte ve Sayıştay denetimine tabi kurum ve kuruluşlar tarafından harcamaya yönelik yapılan sözleşmeler ile her türlü bağitların, Sayıştay tarafından tescil işlemine tabi tutulmasını ifade etmektedir. Sayıştay'ın tescil yetkisi, sözleşmenin tarafı olan Devletin hak ve çıkarlarının korumaya yönelik olmasının yanı sıra kamu zararının oluşmasının önüne geçilme amacı da taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle Sayıştay tescil yetkisi kapsamında, idarelerin harcamaya yönelik yaptığı sözleşmeleri mevzuat çerçevesinde inceleyebilmekte ve eksik gördüğü noktaların değiştirilmesi için idareye gönderebilmektedir. Kamu kurum ve kuruluşların harcamaya yönelik yaptığı sözleşmelerin başında ise kamu ihale sözleşmeleri gelmektedir. Bu nedenle o dönemlerde, KİK kapsamına giren sözleşmeler, Sayıştay tarafından tescil edilmedikçe hukuki geçerlilik kazanamamaktaydı.⁴⁸¹

Sayıştay'ın tescil yetkisinin, sözleşmelere hukuki geçerlilik kazandırması kamu kurum ve kuruluşlarını, Sayıştay'ın eksik görebileceği veya Sayıştay tarafından önceki

⁴⁷⁹ Ağaoğlu, Cahit: "FIDIC Kuralları Çerçevesinde Yürütölen Tahkim Yargılamalarında Türk ve Yabancı İnşaat Firmalarının Karşılaştığı Sorunlar", International Conference on Eurasian Economies, 2017, s.:114-124, s. 115-116.

⁴⁸⁰ R.G., T.: 27/02/1967, S.:12538.

⁴⁸¹ Şimşek, Abdullah: "Yapım Sözleşmelerinde Sayıştay Tescili İşlemleri", İNTES Çözüm Arama Konferansları (8), 2003, s.2-3; İnan, Atilla: "Bir Sözleşmenin Sayıştayca Tescil Olunmaması Halinde Müteahhidin Hakları", Mevzuat Dergisi, Y.:2, S.:13, 1999.

sözleşmelerde sözleşmenin geri gönderilme sebebi olan hükümleri, sözleşmelere ekleme konusunda dikkatli davranmaya itti. Kamu kurum ve kuruluşlarının bu davranışından etkilenen hükümlerden biri de henüz uygulamada yeni kullanılmaya başlanılan tahkim klozu oldu. Tahkim, yeni bir düzenleme olması sebebiyle kurumlar tarafından sözleşmeye doğru olarak aktarılamadığı için Sayıştay tescil aşamasında sözleşmeyi geri göndermekte idi. Kamu kurum ve kuruluşları da bu hususla daha fazla uğraşmamak ve sözleşmelerin bir an önce tescilini sağlamak için tahkim klozunu sözleşmelere eklemeyi bıraktı. Bu durum 2010 yılına kadar devam etti. Avrupa Birliği ile uyum süreci kapsamında 2010 yılında Sayıştay Kanunu değişerek Sayıştay'ın tescil yetkisi iptal edildi. Böylece Sayıştay'ın, sözleşmelere müdahale yetkisi kaldırıldı. Günümüzde de geçerliliğini koruyan bu sistem ile kamu kurum ve kuruluşları, kamu ihale sözleşmelerini düzenlerken Sayıştay'ın tesciline ihtiyaç duymadıkları için sözleşme hükümleri konusunda daha rahat davranmaya başladı. Bu durum da tahkim klozunun sözleşmelerde kendisine yeniden yer bulmasını sağladı ve idareler ile yükleniciler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların daha hızlı ve etkin bir şekilde çözüme kavuşturulmasını etkin kıldı. Diğer bir ifadeyle günümüzde Sayıştay'ın tescil yetkisi bulunmadığı için kamu kurum ve kuruluşlarının bu konuya ait çekinceleri kalmadı.

Uluslararası tahkimde yaşanan bu sürecin yanı sıra iç tahkim konusunda da son 10 yılda önemli gelişmeler meydana geldi. Uygulayıcılar, idare ile yabancılık unsuru taşımayan yükleniciler arasında da tahkim yolunun mümkün olması gerektiğini her fırsatta dile getirmeye başladı. HMK hükümlerine göre kamu ihale sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklarda tahkime başvurulmasında bir engel bulunmamaktaydı. Ancak KİSK ve ilgili yönetmeliklerde bu konuya ilişkin bir değişiklik gerekmekteydi. Bu bağlamda 2016/25 sayılı Başbakanlık genelgesi doğrultusunda 30.12.2017 Tarih ve 30286 (Mükerrer) Sayılı Resmî Gazete ile İhale Uygulama Yönetmelikleri Eki'nde düzenlemeye gidildi ve yabancılık unsuru taşımayan kamu ihale sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklarda ISTAC (İstanbul Tahkim Merkezi) yetkili kılındı. Böylece taraflar,

uymazlıkların çözümü için Türk mahkemelerine veya tahkime başvurma hakkı elde etti.⁴⁸²

⁴⁸² Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arbuluculuk Daire Başkanlığı, “İnşaat Hukukunda Uzman Arbuluculuk”, Ankara 2020, s. 53-55.

SONUÇ

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, geniş bir alanı düzenlemekle birlikte özellikle mal ve hizmet alımları bakımından yeterli olamamıştır. Uygulamada ortaya çıkan eksikliklere gerekli çözümleri getirememiş ve pratikte oluşan sorunların büyümesine neden olmuştur. Bu sebepler ışığında, Avrupa Birliği ile uyum sürecinin de etkisi ile yeni bir kanuni düzenlemeye duyulan ihtiyaca cevap verilmesi amacıyla kanun koyucu tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çıkarılmıştır. Yeni kanun mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihale sürecini kapsamaktadır. Bu bağlamda 4734 sayılı Kanun kapsamına girmeyen kamu hizmetlerinin dış kaynaklardan tesisinde 2886 sayılı Kanun uygulanmaya devam edecektir.

4734 sayılı Kanun, idare hukukuna tabi ihale süreci ile ekonomik anlamda en avantajlı teklifi veren istekliye kamu hizmetini gördürmektedir. Bu kapsamda ihaleye çıkan idare ile ihale üstünde kalan istekli arasında ihale konusu iş için bir kamu ihale sözleşmesi düzenlenmektedir. 4734 sayılı Kanun'a göre yapılan ihalenin sonucunda düzenlenen sözleşme, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabidir. Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan sözleşmeler, idarenin özel hukuk sözleşmeleri kapsamındadır ve özel hukuk ilkelerine tabidir. İdare, ihale üstünde kalan yüklenici ile sözleşmede eşit konumundadır ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanamamaktadır. Adli yargının görev alanına giren 4735 sayılı Kanun'a tabi sözleşmeler, kanunda hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümlerine göre değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme, sözleşmenin kuruluşundan sona ermesine kadar tüm süreci kapsamaktadır. Bu anlamda sözleşmeler, KİSK'de sayılan sona erme sebeplerinin yanında borçlar hukukundaki sona erme sebeplerine göre de sonlanabilmektedir.

Taraflar için öncelikle istenilen sona erme hali ifadır. Sözleşmedeki edimlerin yerine getirilmesi ile sözleşme var olma amacını tamamlamakta ve sonlanmaktadır. İfa, sözleşme konusu işin niteliğine göre farklı şartlar taşımakta ve bu kapsamda çıkarılan yönetmelikler ile düzenlenmektedir. Bu anlamda idare tarafından kurulan kabul

komisyonu, sözleşme konusu işin mahiyetine göre kabul şartlarının varlığını aramakta ve şartların oluşması ile ifayı gerçekleştirmektedir. İfa yeri ve zamanı ihale dokümanlarında ve sözleşmede kararlaştırılmakla birlikte bu konuya ilişkin bir değişiklik yalnızca KİSK m. 15’de düzenlenen haller ile yapılabilmektedir. İfa dışında sona erme halleri ise çalışmamızda yükleniciden kaynaklı olup olmamasına göre sınıflandırılmaktadır. Zira yüklenicinin kusuru ile sözleşmenin sona ermesi, sona ermenin sonucunda doğacak hüküm ve sonuçları da etkileyecektir.

Çalışmamızda borçlar hukukunda düzenlenen dar ve geniş anlamda borcun sona erme hallerinin sözleşmeler açısından geçerliliği tek tek incelenmiştir. Öncelikle borcun yenilenmesi diğer adıyla tecdidin sözleşmeler için geçerli olmadığı sonucuna varılmıştır. Borçlar hukuku anlamında tecdit, borcun konusunu sona erdirerek taraflar arasında yeni bir borç doğurmaktadır. Ancak KİSK m.15 kapsamında sözleşmede değişiklik ancak Kanun’da öngörülen haller ile mümkündür ve tecdit bunlardan biri değildir. Zira sözleşmeler, ihale süreci sonucunda kurulmaktadır. İhale süreci hem sözleşme konusu işi hem de tarafların borçlarını düzenlemekte ve bu düzlemde teklifleri alarak ihaleyi, yüklenici üzerinde bırakmaktadır. Sözleşme konusu borcun ihale dokümanında olmayan bir borca dönüşmesi ise ihale sürecini anlamsız kılacak ve ihaleye katılan istekliler açısından hak kayıpları doğuracaktır. Bu nedenle sözleşmeler açısından tecdit mümkün değildir.

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ile sözleşmenin sona ermesi ise pratikte pek karşılaşılan bir husus değildir. Zira yüklenicinin, idarenin bir parçası olması ve borcun sonlanması ancak devletleştirme hükümleri ile olabilmektedir. Devletleştirme ise Kanun’da öngörülen şartlar sebebiyle istisnai bir uygulamadır ve sözleşmeler açısından karşılığın pek rastlanılmamaktadır. İbra da sözleşmeler açısından mümkün olmakla birlikte borçlar hukukunda düzenlenen şartların mevcut olması gerekmektedir. Özellikle idare tarafından yapılan hakediş ödemelerinde, idarenin sözleşmede düzenlenenden farklı bir ödeme işlemi gerçekleştirmesine karşın yüklenicinin itiraz etmemesi ile karşımıza çıkan ibra, yüklenicinin borcundan vazgeçtiğini dolayısıyla da sözleşmenin sona erdiğini

ifade etmektedir. Takas da aynı şekilde borçlar hukukundaki şartlar çerçevesinde sözleşmeler açısından mümkündür. Yüklenici ile idare aynı edimden borçlarını takas ederek borçlarından kurtulabilmektedir.

Sözleşmeler açısından bozma ile sona erme hali ise sözleşmenin niteliğine göre farklılık göstermektedir. Mal alım ve yapım işleri için bozma öngörülmemiş olmasına karşın hizmet sözleşmelerinde bozma mümkündür. Bu kapsamda hizmet sözleşmelerinde taraflar karşılıklı anlaşarak borcu sona erdirebilmektedir. Geri alma ile sona erme ise yalnızca ihale aşamasında ihale üstüne kalan istekliye tanınan bir haktır. Zira ihale sonucunda idare sözleşmeyi imzalamak zorunda iken yüklenici sözleşmeyi imzalamaktan kaçınabilmektedir.

İptal ise hata, tehdit, hile veya gabin ile borcun sona ermesidir. Sözleşmeler açısından gabin pek olası değilken hata, hile veya tehdidin varlığı halinde sözleşmenin sona ermesi mümkündür. Gabin diğer adıyla aşırı yararlanma ihale aşaması sonucunda genelde tacir olan yükleniciler ile kurulan bir sözleşme için geçerli değildir. Zira ne idare ne de tacir yüklenici, bilgisiz veya deneyimsiz olduğunu öne sürememekte ve edimler arasındaki aşırı orantısız farkı, ihale aşaması boyunca fark edemediğini iddia edememektedir. Yüklenici, idare veya üçüncü kişilerin yapmış olduğu davranışlar borçlar hukuku kapsamında hile, hata veya tehdit ile sözleşmenin imzalanmasına yol açıyorsa bu halin tespiti halinde sözleşme sona ermektedir.

Dönme ve fesih, KİSK kapsamında fesih kavramı altında toplanmış olmakla birlikte birbirinden farklı terimlerdir ve sözleşmeye farklı şekilde etki etmektedir. Dönme, borçlar hukuku kapsamında tartışmalı bir kavramdır ve hakkında birden fazla teori geliştirilmiştir. Yeni dönme teorisine göre dönme, ani edimli sözleşmelerde ve henüz ifasına başlanmamış sürekli edimli sözleşmelerde kullanılmaktadır. Dönme, geleceğe etkilidir. Sözleşme hiç var olmamış gibi sona ermemekte, tasfiye süreci sözleşmenin bir parçası olarak yürütülmektedir. İfası tamamlanmış borçların iadesi ise geri verme borcu

kapsamında yapılmakta ve genel zamanaşımı süresine tabi olmaktadır. Fesih ise sürekli edimli sözleşmeleri geleceğe etkili olarak sona erdirmektedir. Fesihte ifası tamamlanan borçlar geçerliliğini korumakla birlikte henüz ifası tamamlanmamış borçlar açısından sona erme hükümleri uygulanmaktadır.

Görüldüğü üzere iki kavram birbirinden oldukça farklıdır. Bu nedenle kanun koyucunun, KİSK kapsamında özensiz olarak kullandığı fesih ifadesinin düzeltilmesi gerekmektedir. Kamu ihale sözleşmeleri açısından ise ani edimli sözleşmelerde dönme hükümlerinin, sürekli edimli sözleşmelerde ise fesih hükümlerinin uygulanacağını kabulü gerekmektedir. Bu kapsamda genel itibarıyla mal alım sözleşmeleri dönme ile hizmet alım sözleşmeleri fesih ile sona ermektedir. Yargıtay'a göre karma yapılu nitelikte olan yapım işleri sözleşmelerinde ise sözleşme konusu işin büyüklüğüne göre bir tespit yapılması gerekmektedir. Sözleşme konusu iş, küçük çaplı ve bedel olarak cüzi bir miktar ile ifa ediliyorsa dönme hükümleri, büyük çaplı ve ödemelerde aynı oranda fazla ise fesih hükümleri uygulanacaktır. Uygulama için çözüm getiren bu sistem kanaatimizce hukuken doğru değildir. Zira yapım işleri sözleşmeleri edimin ifası yönünden ani edimli sözleşmeler kapsamındadır. İfa tek seferde gerçekleşerek borç sona ermektedir. Buna rağmen sırf uygulamadaki sorunları çözümlüyor diye bir sözleşmenin niteliğinin değiştirilmesi hukuken doğru olmayacaktır. Bu nedenle kanun koyucunun kamu ihale sözleşmeleri açısından sona erme sebeplerini tekrar gözden geçirerek hukuki anlamda doğru bir düzleme çıkarması gerekmektedir.

KİSK'de düzenlenen özel sona erme sebepleri de yine yükleniciden kaynaklanan sona erme halleridir. İlk olarak sözleşmenin izinsiz devrini düzenleyen kanun koyucu, aslen Sözleşmenin devrine izin vermektedir. Ancak devri, idarenin izni şartına bağlayarak bu şarta aykırı şekilde davranılması halinde sözleşmenin sona ereceğini düzenlemektedir. 2886 sayılı Kanun dönemindeki ortaya çıkan ihale komisyoncularının önüne geçilmek için getirilen bu düzenleme aynı zamanda devre ilişkin zaman kısıtlamaları da öngörmektedir.

Yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı ve mahkûmiyeti gibi durumlarda sözleşmenin devamlılığını etkileyen haller de KİSK'de düzenlenmiştir. Bu kapsamda yüklenicinin ölümü halinde sözleşme, mirasçılara devredilebilirken, ağır hastalığı veya mahkumiyeti halinde vasisi veya yasal temsilcisi aracılığıyla sözleşmeye devam edebilirken, iflası halinde sözleşmenin, iflas masası tarafından devam ettirilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. İflası halinde sözleşme sona ererek tasfiye aşamasına girmektedir. Yüklenicinin mali aczinde ise kanunda öngörülen şartların sağlanması ile sözleşme sona ermektedir.

Yüklenicinin temerrüdü ise sözleşmenin devamlılığına ilişkin idareye seçimlik haklar tanımaktadır. Buna göre idare, yükleniciye belli bir süre vererek sözleşme konusu işi ifa etmesini talep edebilmekte ve gecikme cezası ödemesine hükmedebilmektedir. Ya da sözleşmeyi sona erdirerek menfi veya müspet zararın tazminini talep edebilmektedir. Yüklenicinin ihale aşamasından veya sözleşme sürecinde kanunda düzenlenen yasak fiil veya davranışlar çerçevesinde hareket etmesi halinde idare sözleşmeyi sona erdirebilmektedir. Bununla birlikte sözleşme konusu işin %80 i tamamlanmışsa idare, yükleniciden işi bitirmesini talep edebilmektedir.

Yüklenicinin kusurundan bağımsız gerçekleşen sona erme sebeplerinden ilki idarenin temerrüdüdür. İdare TBK kapsamında hem alacak temerrüdüne hem de borçlu temerrüdüne düşerek borcun sona ermesine neden olabilmektedir. Yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak gerçekleşen bir diğer sona erme sebebi ise mücbir sebebin varlığıdır. Roma hukukundaki vis maior kavramının hukukumuzdaki karşılığı olan mücbir sebep, öngörülemeyen ve karşı konulamaz olayların meydana gelmesi ile sözleşme konusu işin ifasının imkânsız hale gelmesini ifade etmektedir. İmkânsızlık ile yüklenicinin veya idarenin davranışı arasında bir bağın da oluşmaması gerekmektedir. Özellikle yakın zamanda ülkemizde gerçekleşen deprem felaketinde ve COVID-19 salgınında örneğini gördüğümüz mücbir sebepler karşısında, Kamu İhale Kurumu yükleniciye kolaylıklar sağlamaktadır. Bu bağlamda mücbir sebebin etkisi geçtikten sonra sözleşmenin ifası mümkünse yükleniciye ifa için süre verilmekte ve gecikme cezası talep

edilmemektedir. Mücbir sebebin etkisi geçtikten sonra sözleşmenin ifasının mümkün olmaması halinde ise yüklenici ifadan kurtulmakta ve herhangi bir tazminat ödememektedir.

Sözleşmelerin çalışmamızda sayılan sebeplerden biri ile sona ermesinin sonucundan sözleşme tasfiye aşamasına girmektedir. İdare tasfiye sürecinin başlamasıyla durum tespit tutanağı düzenleyerek işlerin mevcut durumlarını ayrıntılı şekilde belirlemektedir. Ardından borç ve alacak kalemleri hesaplanmakta ve hesabın tasfiyesi gerçekleştirilmektedir. Aynen iadesi mümkün edimlerin iadesi yapılmakta, aynen iadesi mümkün olmayan edimler de ise bedel ödemesi gerçekleştirilmektedir. Ayrıca yüklenicinin kusurundan kaynaklanan sebeplerle sözleşmenin sona ermesi halinde yüklenici, idareye menfi veya müspet tazminat ödemektedir. Yüklenicinin kesin teminatı da gelir olarak kaydedilmektedir. Yüklenicinin kusurundan bağımsız sona erme halinde ise kesin teminat yükleniciye geri ödenmektedir.

Kamu ihale sözleşmelerinin yargılamasında ve denetiminde ise birden fazla organ görevlidir. Özel hukuka tabi sözleşme olması sebebiyle sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda çözüm mercii adli yargıdır. Ancak uyuşmazlığın sebebi ihale sürecine ilişkin ise idari yargı görevlidir. Doktrinde sözleşmelerin de idari yargının görev alanına girdiğini kabul eden karşıt görüşler bulunmakla birlikte Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu konudaki yerleşik içtihatları ile sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğu kesindir. Kamu İhale Kurumu ise Kurul kararları ile sözleşmelerde uygulanacak mevzuatla ilgili tereddütleri gidermekte ve taraflara yol haritası oluşturmaktadır.

Sayıştay, denetimine tabi kamu kurum ve kuruluşlarının ihale sonucu yaptıkları sözleşmeleri de denetlemektedir. Sayıştay'ın sözleşmeler üzerindeki denetimi, mali denetimdir ve kamu zararının tespitine yöneliktir. Zira sözleşmeler, kamu hizmetinin görülmesi ve kamu mallarının etkin ve doğru kullanılması amacıyla yapılmaktadır. Aksi davranışlarla ortaya çıkan kamu zararının, 5018 sayılı Kanun kapsamındaki tespiti ise

Sayıştay denetimi kapsamındadır ve sorumlular bu hükümler çerçevesinde tespit edilmektedir. Yüksek Fen Kurulu ise Sayıştay ve adli yargının görevinin dışında kalan konularda, yapım işleri sözleşmeleri açısından karar vermektedir. Ayrıca tahkim yoluyla uyuşmazlıkların çözümü, kamu ihale sözleşmeleri açısından mümkündür. Tahkimin idare tarafından sözleşmeye eklenmesi ile taraflar ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde iç tahkime veya uluslararası tahkime başvurabilmektedir.

Sonuç olarak kamu ihale sözleşmeleri, kamu hizmeti ile ilgili olması nedeniyle diğer sözleşmelerden ayrı ve özel hükümler çerçevesinde kurulmakta ve sona ermektedir. Sona erme sebepleri, sözleşmenin mahiyeti nedeniyle farklı hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Zira kamu kaynaklarını doğrudan ilgilendiren sözleşmelerin doğuracağı zararlar tüm kamuyu ilgilendirmektedir. Kanun koyucunun asli görevlerinden biri ise bu zararların önüne geçecek hükümleri yürürlüğe almaktır.

Bu kapsamda kanun koyucu, öncelikle sona erme sebeplerini nitelendirirken yalnızca fesih ifadesini kullanmaktan vazgeçmeli ve sona erme sebebinin niteliğine göre bir değerlendirme yaparak gerekli yerlerde dönme kavramını kullanmalıdır. Ayrıca kanunda yalnızca yükleniciden kaynaklı sona erme sebeplerinin bulunması, sözleşmenin tarafları arasındaki eşitlik ilkesine aykırıdır. Zira yükleniciden kaynaklı sebeplerle sözleşmenin sona ermesi halinde idarenin hakları kanunla korunurken, idareden kaynaklı sebeplerle sözleşmenin sona ermesi halinde yüklenicinin hakları eşit düzeyde korunmamaktadır. Bu sebeple idareden kaynaklı sona erme sebeplerinin de kanunda düzenlenmesi hukuken daha uygun olacaktır. Buna ek olarak borçlar hukukunda düzenlenen sona erme hallerinin kamu ihale sözleşmelerine uyarlanarak kanuna eklenmesi de uygulayıcılar açısından faydalı olacaktır. Ayrıca sözleşmenin kuruluş anının net olarak ifade edilmesi de bu konuda ortaya çıkan tartışmaların sonlanmasını sağlayacaktır. Bununla birlikte kamu ihale sözleşmelerine ilişkin yargılama ve denetimde, birden fazla kurumun yetkili olması pratikte karışıklığa yol açmaktadır. Kanun koyucu tarafından bu konuya ilişkin hazırlanacak bir rehber, taraflara yardımcı olmakla birlikte yargılama sürecini daha etkin bir hale getirecektir. Son olarak KİK, KİSK ve sair düzenlemeler çok sık değişmekte ve

İlgililerin bu değişiklikleri takibi güçleşmektedir. Kanun koyucunun ortaya çıkan sorunlara yara bandı olacak şekilde sürekli ek düzenlemeler getirme yönteminden vazgeçerek daha kapsamlı ve öngörülü bir yaklaşım benimsemesi ve gerekli adımları atması, konuya ilişkin hukuki istikrarı da sağlayacaktır. Çalışmamız da bu anlamda Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na eleştirel bir bakış açısı sunmaktadır.

KAYNAKÇA

ADALET BAKANLIĞI Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, “İnşaat Hukukunda Uzman Arabuluculuk”, Ankara 2020.

ADAM, Jürgen: “Öffentliche Auftragsvergabe und culpa in contrahendo”, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2005.

AĞAOĞLU, Cahit: “FIDIC Kuralları Çerçevesinde Yürütülen Tahkim Yargılamalarında Türk ve Yabancı İnşaat Firmalarının Karşılaştığı Sorunlar”, International Conference on Eurasian Economies, 2017, s.114-124.

AKBULUT, Kadir: “Yapım İşi Sözleşmelerinde İş Artışı- İş Eksilişi”, İnşaat Sanayi Dergisi, Y. 16, S. 96, Temmuz-Ağustos 2006, s. 86-89.

AKDOĞAN, Muzaffer: “Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi”, Journal of İstanbul University Law Faculty, Cilt: 72, S. 2, s. 683-701, İstanbul 2014.

AKINCI, Şahin: “Alacaklının Temerrüdü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:7, S. 1-2, 1999, s. 97-113.

AKINCI, Ziya: “Milletlerarası Tahkim”, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul 2021.

AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil: “Türk İdare Hukuku”, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2020.

ALTAY, Sıtkı: “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler”, 1. Baskı, İstanbul 2009.

ALTUN, Muhsin: “En Son Değişikliklerle Yeni Kamu İhale Düzeni, Uygulama Esaslarının Açıklanması”, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2004. (Altun, Düzen)

ALTUN, Muhsin: “Kamu İhale Kanunu’nda Geçici ve Kesin Teminat Uygulaması”, Mali Hukuk Dergisi, Y. 18, S. 104, s. 155-169, 2003.(Altun, Teminat)

- ARAL, Fahrettin: “Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa”, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan: “Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri”, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- ARAPGİRLİ, Murat: “Yapım İşleri Sözleşme Uygulamaları”, Düzey Kitap, İstanbul 2016.
- ARAPGİRLİ, Murat/ DEMİREL, Salim: “İhale İşlemleri ve Sözleşmenin Uygulanması”, Denetler Yayıncılık, 1. Baskı, İzmir 2014.
- ARKAN, Sabih: “Ticari İşletme Hukuku”, 15. Baskı, Ankara 2011.
- ARKAN, Sabih: “Adi Şirket Ortaklığında Sözleşmeye Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları,” Batider, C.: XXI, S. 2, s. 15-24, 2001.
- ATAY, Ender Ethem: “İdare Hukukuma İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, S. 1, s. 503-528, Ankara 2007.
- ATEŞ, M. Okan: “4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Çerçevesinde Sözleşme Hukuku”, İzden Yayıncılık, Ankara 2012.
- ATEŞ, Yaşar: “4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Uygulamalar”, Sayıştay Başkanlığı, 2023.
- ATLI, Burak Yağız: “Kamu İhale Mevzuatı Açısından Mücbir Sebeplerin İncelenmesi” (Uzmanlık Tezi), Ankara 2008.
- AYBAY, Aydın: “Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm”, 13. Bası, İstanbul 2011.
- AYDEMİR, Efrail: “Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku” Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2016.
- BAHÇECİ, Barış: “İflas İdaresinin Kamu Alacağına İflas Masasına Kaydını Reddetmesi Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (4) 2015: 975-1014.

BARLAS, Nami: “Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri”, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2012.

BİLGİN, Mahmut: “Özel Hukukta Zamanaşımı”, Adalet Yayınları, Ankara 2009.

BİLGİLİ, Fatih: “Adi Ortaklığın Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesine Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul 2002, s. 197-213.

BİLİR, Dilek: “Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.

BİNGÖL, Orhan: “Arkeolojik Mimaride Taş”, Magnesia Kazıları Arkeoloji, Kültür, Sanat Dizisi; 1, Homer Kitapevi Yayınları, İstanbul 2004.

BOZER, Ali/ GÖLE, Celal: “Kıymetli Evrak Hukuku”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8. Bası, Ankara 2018.

BUZ, Vedat: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluş ve Geçerlilik Şartları”, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

ÇAĞLAR, Hayrettin: “Gabin Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması”, BATİDER, 32/4, s. 69-93, 2016.

ÇINAR, Abdurrahim: “İdari Sözleşme Ölçütleri”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), s. 325-338, 2021.

DALCI ÖZDOĞAN, Nucihan: “Sözleşmelerin Tasfiyesinde Uygulanacak Kuralların Tespiti”, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 3, S. 6, s. 13-20, 2016.

DANIŞTAY BAŞKANLIĞI, İçtihat, Raporlama ve İstatistik Birimi: “Kamu İhaleleri ve Kamu İhale Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar Hakkında Karar Bülteni”, Bülten:6, Ankara 2023.

DAYINLARLI, Kemal: “Joint Venture Sözleşmesi”, Dayınlarlı Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1999.

DAYINLARLI, Kemal: “Milletlerarası Tahkim Rehberi”, Dayınlarlı Yayıncılık, 2014.

DEMİRBOĞA, Dursun Ali: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2013.

DEYNEKLİ, Adnan: “İhale Sözleşmelerinin Devrinden Kaynaklanan Sorunlar”, Kamu İhale Hukukuna İlişkin Tebliğler ve Makaleler, Bilge Yayınevi, 2014.

DOĞANYİĞİT, Saadettin: “Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

DOĞANYİĞİT, Saadettin: “Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi ve Tasfiye İşlemleri”, Mali Hukuk Dergisi, S. 104, Y. 18, Ankara 2003.

DOĞANYİĞİT, Saadettin/ GÜVENDİ, İrfan: “İhale ve Sözleşme Hukuku”, KAMEP Derneği Yayınları, Ankara 2016.

DOMANIÇ, Hayri/ ULUSOY, Erol: “Ticaret Hukukunun Genel Esasları”, İstanbul 2007.

DRAETTA, Ugo/ LAKE, Ralph: “Contrats Internationaux: Pathologie et Remedies”, FEDUCI/FEC, Paris 1996.

DURAL, Mustafa: “Türk Özel Hukuku Cilt 1: Temel Kavramlar ve Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri”, Filiz Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul 2023.

DUPUIS, Georges/ GUÉDON, Jose: “Droit Administratif”, Armand Colin, Paris 1993.

EREN, Fikret: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara 2016.

EREN, Fikret: “Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1985.

ERDEM, Mehmet: “Özel Hukukta Zamanaşımı”, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2010.

ERGEZEN, Murat: “İstisnai Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı” Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Olumsuz Zarar”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2007.

FEYZİOĞLU, Feyzi: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler I-II”, İstanbul 1976.

FİROOZMAND, Mahmoud Reza: “Force Majeure Clause in Long-Term Petroleum Contracts: Key Issues in Drafting”, Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol.24, No. 3, 2006, pp. 423-438.

GENÇ, Mehmet: “Osmanlı İmparatorluğunda Devlet ve Ekonomi” C.: I-II, BKM Kitap, 2023.

GÖÇERLER, Ahmet: “22.01.2002 T. ve 24648 sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler”, İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığının 02.04.2002 gün ve 709-1-8/1863-9 sayılı görev emri gereğince hazırlanan İnceleme Raporu, Ankara 2002.

GÖK, Yaşar: “Yapım Sözleşmeleri Uygulama Esasları”, Kim Akademi, 2. Baskı, Ankara 2013. (Gök, Uygulama)

GÖK, Yaşar: “Yapı İşleri ve Hakediş Uygulaması”, 2. Baskı, Ankara 2002. (Gök, Yapı İşleri)

GÖK, Yaşar: “Hakediş Ödemelerinde Nakit Yetersizliği Nedeniyle Meydana Gelen Gecikmelerde, Yüklenicinin Hakları”, Mali Yönetim ve Denetim Dergisi, Y. 2, S. 7, Ankara 2001. (Gök, Hakediş)

GÖK, Yaşar: “2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu Kapsamında Yürütülen Yapım İşlerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Doğurduğu Hukuki Sonuçlar”.

GÖNEN, Dinçer/ IŞIK, Hikmet: “Açıklamalı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, 1. Baskı, Ankara 2003.

GÖZLER, Kemal: “Hukuka Giriş”, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 12. Baskı, 2015.

GÖZLER, Kemal/ KAPLAN, Gürsel: “İdare Hukuku Dersleri”, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 17. Baskı, Bursa 2015.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şerif: “Yönetim Hukuku”, Turhan Yayınları, 34. Baskı, Ankara 2016.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şerif/ TAN, Turgut: “İdare Hukuku”, 2.Cilt: Genel Esaslar, Turhan Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2011.

GÜÇLÜ, Ali Osman/ ŞİMŞEK, Abdullah: “Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, Barış Yayın Dağıtım, Ankara 2004.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı Davramışı” Ölçütünün İyiniyetin Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, C.:22, S. 3, s. 1221-1240, 2016.

GÜRGEN, LÜTFİ: “Adli Yargı- İdari Yargı Görev Ayrımı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisans Projesi, Ankara 2006.

HAVUTÇU, Ayşe: “Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini”, İzmir 1995.

HÖK, Götz-Sebastian: “Uluslararası İnşaat Hukuku FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) 1999 Hakkında Açıklamalar”, Çev. Gökhan ERBAŞ, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2009.

HUDATLI, Orhan: “Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları” Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016.

IŞIK, Serkan/ ENGİN, Rıdvan: “Sayıştay’ın Belediyeler Üzerindeki Denetimlerinde Ulaştığı Kamu Alımlarına İlişkin Bulguların Değerlendirilmesi”, Denetim (25), s. 160-178, 2022.

İNALCIK, Halil: “Devlet-i Aliyye: Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar”, İş bankası Kültür Yayınları, 2009.

İNAN, Atilla: “Kamunun Taraf Olduğu Özel Hukuk Sözleşmelerinin Çözümünde Tahkim Yolu”, Sayıştay Dergisi (20), s.3-9.

İNAN, Atilla: “Bir Sözleşmenin Sayıştayca Tescil Olunmaması Halinde Müteahhidin Hakları”, *Mevzuat Dergisi*, Y. 2, S. 13, 1999.

JHERİNG, Rudolf von: *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering- Jahrbücher)*, 4. Band (1861), s. 1-112, Neudruck mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Bad Homburg, Berlin, Zürich, Verlag Gehlen, 1969, s. 7-91.

KALABALIK, Halil: “İdare Hukuku Dersleri”, 2. Cilt, Sayram Yayınları, 3. Baskı, Konya 2018.

KALPSÜZ, Turgut: “Türkiye’de Milletlerarası Tahkim”, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2010.

KAPLAN, İbrahim: “İnşaat Sektöründeki Müşterek İş Ortaklığı- Joint Venture”, 3. Baskı, Ankara 2013.

KARACA, Mehmet: “Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sone Ermesi”, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

KARAHAN, Sami: “Ticari İşletme Hukuku” Güncellenmiş 20. Baskı, Konya 2011.

KARAYALÇIN, Yaşar: “Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1973.

KEMER, Mustafa: “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamında Yapım İşleri” Sözkese Yayınları, Ankara 2004.

KILIÇOĞLU, Ahmet: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Turhan Kitapevi, Ankara 2013.

KIRMIZI, Mustafa: “Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, Şen Matbaa, 1. Baskı, Ankara 2014.

KLINGER, Mathias: “Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers”, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2005.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: “Borçlar Hukuku, Genel Bölüm”, C.:1, İstanbul 1998.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: “Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı”, İstanbul 1968.

KONURALP, Cengiz Serhat: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.

KÖSOĞLU, Mehmet: “Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebep ve Aşırı İfa Güçlüğü/Hardship Klozları” İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

KURT, Leyla Müjde: “Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü”, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

KUTLU, Meltem: “İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1997.

MALBELEĞİ, Nida/ ÖZMERİÇ, Merve Ayçe: “İdarenin Sözleşme Akdetme Zorunluluğu ve Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), s. 133-162, 2020.

NOMER, Haluk: “Borçlar Hukuku Genel Hükümleri”, 12. Bası, İstanbul 2012.

ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, S. 2, Ankara 1998.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Kişiler Hukuku”, Filiz Kitabevi, 8. Baskı, İstanbul 2005.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Cilt:1, 9. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: “Borçlar Hukuku”, 4. Bası, İstanbul 2005.

OKAY, Özge: “İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2009.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Ermesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2019.

ORER, Gürsel: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Devletin Ekonomiye Müdahalesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:6, s. 363-369, Ankara 2016.

OSTHUES, Wilhelm: “Bauwissen im Antiken Griechenland und Rom.”, Pro Business Digital Printing, GmbH, 2014.

ÖZ, M. Turgut: “İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi”, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989.

ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Tahkim Hukuku”, Cilt: I-II, Yetkin Yayınları, 2022.

ÖZCAN, Zeynep: “İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, S. 11, 2018.

ÖZEL, Çağlar: “Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı”, Ankara 1998.

ÖZEL, Kadir Can: “İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Ombudsman Akademik, 6(12), s. 181-220, 2020.

ÖZEK, Ali/ KAYA, Osman: “Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulaması” 2. Baskı, Ankara 2003.

ÖZTÜRK, Pınar: “Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture’ların Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998.

PAKSOY, Meliha Sermin: “Zamanaşımında Feragat”, İstanbul 2012.

PAMUK, Şevket: “Osmanlı-Türkiye İktisadi Tarihi”, İletişim Yayınları, 2005.

PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet: “İcra ve İflas Hukuku”, On İki Levha Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2023.

REGLER, Rainer: “Das Vergaberecht Zwischen Öffentlichem und Privatem Recht”, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2007.

REİSOĞLU, Safa: “Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 25. Bası, İstanbul 2014.

SAYIN, Barış/ KARAKAŞ, Ahmet Sertaç: “Ekonomik Açıdan En Avantajlı Teklifin Belirlenmesinde 2004/18/EC AB Kamu İhale Direktifi ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun Karşılaştırılması”, Cilt:7, S. 1, s. 334-340, İstanbul 2012.

SAYIN, İsmail Hakkı: “Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, Ankara 2008.

SAYIN, İsmail Hakkı: “Kamu İnşaatlarında Hakediş Raporlarının Düzenlenmesi ve Denetimi”, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.

SAYIŞTAY BAŞKANLIĞI, “Kamu İhale Kurumu 2019 Yılı Sayıştay Denetim Raporu”, 2019.

SELİÇİ, Özer: “Borçlar Kanunu’na Göre Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi”, İstanbul 1977.

SEROZAN, Rona: “Borçlar Hukuku Özel Bölüm”, Filiz Yayınevi, İstanbul 2002.

SEROZAN, Rona: “Sözleşmeden Dönme”, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

SEZGİNER, Murat: “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeleri)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(1-2-), s. 1589-1621, 2013.

SIRABAŞI, Volkan: “Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklanma Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4.

SUNGURBEY, İsmet: “Medeni Hukuk Sorunları”, Adalet Yayınları, İstanbul 1994.

ŞAHİN, Turan: “Konsorsiyum Sözleşmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 92, s. 451-483, 2011.

ŞAHİNİZ, Salih: “Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu”, Vedat Kitapçılık, Ankara 2014.

ŞENER, Oruç Hami: “Ortaklıklar Hukuku”, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2017.

ŞİMŞEK, Abdullah: “4734 ve 4735 sayılı Kanunlarda Düzenlenen Cezai ve İdari Yaptırım”, Mali Hukuk Dergisi, Y. 18, S. 104, s. 123-136, 2003.

ŞİMŞEK, Abdullah: “Yapım Sözleşmelerinde Sayıştay Tescili İşlemleri”, İNTES Çözüm Arama Konferansları (8), 2003.

TAN, Turgut: “Ekonomik Düzen ve Anayasa”, Uluslararası Anayasa Kurultayı, TBB Yayın No: 12, s. 857-876, Ankara 2001.

TAN, Turgut: “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 50(3), s. 291-309, 1995.

TANDOĞAN, Haluk: “Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkisi”, Cilt: 1-2, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010. (Tandoğan, “Borçlar Hukuku”)

TANDOĞAN, Haluk: “Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, BATİDER, 1981/1, S.1, C.XI, s. 28-49. (Tandoğan, “Arsa”)

TANDOĞAN, Haluk: “Türk Mesuliyet Hukuku”, Vedat Kitapçılık, 1961 Tarihli 1. Basıdan Tıpkı Bası Yapılmıştır, Ankara 2010. (Tandoğan, Mesuliyet)

TEKBEN, Tuğçe: “Alacaklının Temerrüdünün Hukuki Sonuçları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.:22, S. 3, 2016, s. 2597-2621.

TEKİL, Fehiman: “Ticari İşletme Hukuku”, İstanbul 1997.

TEKİNALP, Gülören/ TEKİNALP, Ünal: “Joint Venture”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a armağan, s. 143-176, Ankara 1989.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla; “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Beta Yayınları, 7. Basım, İstanbul 1993.

TEKİNSOY, Ayhan: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2), s. 181-227, 2006.

TUNÇOMAĞ, Kenan: “Türk Borçlar Hukuku, C. 2, Özel Borç İlişkileri”, 3. Baskı, İstanbul 1977.

TUNÇOMAĞ, Kenan: “Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 32, S. 2-4, s. 884-905, İstanbul 1966.

TURGUTER, Necip/ TOKMAKLI, Cafer: “Son Değişikliklerle Gerekçeli ve Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, Ankara 2004.

TÜRKER, Güray: “İvazlı Alacağın Devrinde Sözleşmeden Dönme ve Buna Bağlı Sonuçların Türk Hukuku ve İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İnÜHFD, 13(2), 2022, s. 306-322.

UÇAR, Ayhan: “Müteahhidin Ayıba Karşı Tekellüf Borcu”. Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

USLU, Yusuf: “Yapım İşleri İhalelerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Hukuki Sonuçları”, Uzmanlık Tezi, Ankara 2006.

USLU, Yusuf: “Kamu İhale Sözleşmelerinde Nefaset Kesintisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019.

UYANIK, Nedim: “İnşaat Sözleşme Yönetimi”, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2018.

UYUMAZ, Alper: “Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1, 2023, s. 503-546.

ÜREM, Müge: “Eser Sözleşmesinde Erken Dönme”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

VEDEL, Georges/ DELVOLVÉ, Pierre: “Droit Administratif”, 2. Cilt, Presses Universitaires de France, Paris 1992.

WEBER, H. Rolf: “Die Erfüllung der Obligation”, Art. 68-96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., 2005 (Weber, Berner Kommentar).

YAVUZ, Cevdet: “Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler”, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012.

YILMAZ, İbrahim: “Klasik Yunan ile Roma Dönemlerinde Yapım Süreçleri ve Yönetimi; Bir İnceleme Çalışması”, Turkish Studies, 15(5), s. 2653-2675, İstanbul 2020.

YÜKSEK FEN KURULU BAŞKANLIĞI: “T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yüksek Fen Kurulu Karar ve Görüşler”, 2005-2020.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.resmigazete.gov.tr>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>

<https://dergipark.org.tr>

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR>

<https://www.ihale.gov.tr>

<https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<https://karararama.danistay.gov.tr>

<https://yfk.csb.gov.tr/karar-ve-gorusler-i-91515>

<https://kazanci.com.tr>

<https://kararlar.sayistay.gov.tr/dk/>

<https://csb.gov.tr>

<https://sozluk.gov.tr>

<https://www.kamuihalerehberi.com/>

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu Form No.	FRM-YL-15
		Yayın Tarihi Date of Pub.	04.12.2023
	FRM-YL-15 Yüksek Lisans Tezi Orijinallik Raporu <i>Master's Thesis Dissertation Originality Report</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev. Date	25.01.2024

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA	
Tarih: 10/06/2024	
Tez Başlığı: Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Erme Sebepleri ve Sonuçları Tez Başlığı (Almanca/Fransızca)*:.....	
Yukarıda başlığı verilen tezin a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 174 sayfalık kısmına ilişkin, 10/06/2024 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezin benzerlik oranı % 9 'dır.	
Uygulanan filtrelemeler*:	
1. <input checked="" type="checkbox"/> Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç	
2. <input checked="" type="checkbox"/> Kaynakça hariç	
3. <input checked="" type="checkbox"/> Alıntılar hariç	
4. <input type="checkbox"/> Alıntılar dâhil	
5. <input checked="" type="checkbox"/> 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç	
Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tezin herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumlarda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.	
Gereğini saygılarımla arz ederim.	
Zeynep ŞİMŞEK Ad-Soyad/İmza	

Öğrenci Bilgileri	Ad-Soyad	Zeynep ŞİMŞEK
	Öğrenci No	N21236126
	Enstitü Anabilim Dalı	Özel Hukuk
	Programı	Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans

DANIŞMAN ONAYI

Prof. Dr. Rauf KARASU
UYGUNDUR.
(Unvan, Ad Soyad, İmza)

* Tez **Almanca** veya **Fransızca** yazılıyor ise bu kısımda tez başlığı **Tez Yazım Dilinde** yazılmalıdır.

**Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları İkinci bölüm madde (4)/3'te de belirtildiği üzere: Kaynakça hariç, Alıntılar hariç/dâhil, 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç (Limit match size to 5 words) filtreleme yapılmalıdır.

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu <i>Form No.</i>	FRM-YL-15
		Yayın Tarihi <i>Date of Pub.</i>	04.12.2023
	FRM-YL-15 Yüksek Lisans Tezi Orijinallik Raporu <i>Master's Thesis Dissertation Originality Report</i>	Revizyon No <i>Rev. No.</i>	02
		Revizyon Tarihi <i>Rev.Date</i>	25.01.2024

TO HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF PRIVATE LAW

Date: 10/06./2024

Thesis Title (In English): Termination Reasons and Consequences of Public Procurement Contracts

According to the originality report obtained by myself/my thesis advisor by using the Turnitin plagiarism detection software and by applying the filtering options checked below on 10/06/2024 for the total of 174 pages including the a) Title Page, b) Introduction, c) Main Chapters, and d) Conclusion sections of my thesis entitled above, the similarity index of my thesis is 9 %.

Filtering options applied**:

1. Approval and Declaration sections excluded
2. References cited excluded
3. Quotes excluded
4. Quotes included
5. Match size up to 5 words excluded

I hereby declare that I have carefully read Hacettepe University Graduate School of Social Sciences Guidelines for Obtaining and Using Thesis Originality Reports that according to the maximum similarity index values specified in the Guidelines, my thesis does not include any form of plagiarism; that in any future detection of possible infringement of the regulations I accept all legal responsibility; and that all the information I have provided is correct to the best of my knowledge.

Kindly submitted for the necessary actions.

Zeynep ŞİMŞEK
Name-Surname/Signature

Student Information	Name-Surname	Zeynep ŞİMŞEK
	Student Number	N21236126
	Department	Private Law
	Programme	Private Law- Master's with Thesis

SUPERVISOR'S APPROVAL

Prof. Dr. Rauf KARASU
APPROVED
(Title, Name and Surname, Signature)

**As mentioned in the second part [article (4)/3]of the Thesis Dissertation Originality Report's Codes of Practice of Hacettepe University Graduate School of Social Sciences, filtering should be done as following: excluding reference, quotation excluded/included, Match size up to 5 words excluded.

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu Form No.	FRM-YL-09
		Yayın Tarihi Date of Pub.	22.11.2023
	FRM-YL-09 Yüksek Lisans Tezi Etik Kurul Muafiyeti Formu <i>Ethics Board Form for Master's Thesis</i>	Revizyon No Rev. No.	02
		Revizyon Tarihi Rev.Date	25.01.2024

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA	
Tarih: 10/06/2024	
Tez Başlığı (Türkçe):Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Erme Sebepleri ve Sonuçları	
Tez Başlığı (Almanca/Fransızca)*:	
Yukarıda başlığı verilen tez çalışmam:	
<ol style="list-style-type: none"> 1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır. 2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir. 3. Beden bütünlüğüne veya ruh sağlığına müdahale içermemektedir. 4. Anket, ölçek (test), mülakat, odak grup çalışması, gözlem, deney, görüşme gibi teknikler kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel ya da nicel yaklaşımlarla yürütülen araştırma niteliğinde değildir. 5. Diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri kullanımını (kitap, belge vs.) gerektirmektedir. Ancak bu kullanım, diğer kişi ve kurumların izin verdiği ölçüde Kişisel Bilgilerin Korunması Kanuna riayet edilerek gerçekleştirilecektir. 	
Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kuruldan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.	
Gereğini saygılarımla arz ederim.	
Zeynep ŞİMŞEK Ad-Soyad/İmza	

Öğrenci Bilgileri	Ad-Soyad	Zeynep ŞİMŞEK
	Öğrenci No	N21236126
	Enstitü Anabilim Dalı	Özel Hukuk
	Programı	Özel Hukuk-Tezli Yüksek Lisans

DANIŞMAN ONAYI

Prof. Dr. Rauf KARASU
UYGUNDUR.
(Unvan, Ad Soyad, İmza)

* Tez **Almanca** veya **Fransızca** yazılıyor ise bu kısımda tez başlığı **Tez Yazım Dilinde** yazılmalıdır.

	HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	Doküman Kodu <i>Form No.</i>	FRM-YL-09
		Yayın Tarihi <i>Date of Pub.</i>	22.11.2023
	FRM-YL-09 Yüksek Lisans Tezi Etik Kurul Muafiyeti Formu <i>Ethics Board Form for Master's Thesis</i>	Revizyon No <i>Rev. No.</i>	02
		Revizyon Tarihi <i>Rev.Date</i>	25.01.2024

HACETTEPE UNIVERSITY GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES DEPARTMENT OF PRIVATE LAW	
Date: 10/06/2024	
ThesisTitle (In English): Termination Reasons and Consequences of Public Procurement Contracts	
My thesis work with the title given above:	
<ol style="list-style-type: none"> Does not perform experimentation on people or animals. Does not necessitate the use of biological material (blood, urine, biological fluids and samples, etc.). Does not involve any interference of the body's integrity. Is not a research conducted with qualitative or quantitative approaches that require data collection from the participants by using techniques such as survey, scale (test), interview, focus group work, observation, experiment, interview. Requires the use of data (books, documents, etc.) obtained from other people and institutions. However, this use will be carried out in accordance with the Personal Information Protection Law to the extent permitted by other persons and institutions. 	
I hereby declare that I reviewed the Directives of Ethics Boards of Hacettepe University and in regard to these directives it is not necessary to obtain permission from any Ethics Board in order to carry out my thesis study; I accept all legal responsibilities that may arise in any infringement of the directives and that the information I have given above is correct.	
I respectfully submit this for approval.	
Zeynep ŞİMŞEK Name-Surname/Signature	

Student Information	Name-Surname	Zeynep ŞİMŞEK
	Student Number	N21236126
	Department	Private Law
	Programme	Private Law- Master's with Thesis

SUPERVISOR'S APPROVAL

Prof. Dr. Rauf KARASU

APPROVED
(Title, Name Surname, Signature)