

KAMU İHALELERİNDE BAĞITLARIN FESHİ VE DOĞURACAĞI SONUÇLAR

Sadettin DOĞANYİĞİT

Sayıştay Başdenetçisi

Giriş

Müteahhit ile idare arasında sözleşme yapıldıktan sonra müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun biçimde yerine getirmesi 2886 sayılı Yasanın 62 nci maddesi gereği sözleşmenin feshini ve tasfiyesini gündeme getirir. Bununla beraber ita amirinin yazılı izni olmadan sözleşmesinin başkasına devredilmesi (Mad. 66); müteahhit ve müşterinin sözleşmesinin gereğini yerine getirmede acizliğe düşüp iflasının söz konusu olması (mad. 68) ve müteahhit ve müşterinin ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti (Mad. 69) durumlarında sözleşme bozulur ve bir zararın doğması halinde ise 62 nci madde gereğince işlem yapılır.

Sözleşme yapıldıktan sonra 2886 sayılı Yasanın 63. maddesinde yazılı hükümler dışında müteahhit taahhütünden vazgeçer veya şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhütünü yerine getirmez ise idare, noter aracılığıyla yükleniciye belirli bir süre verir. Verilen süre, ivedi durumlar dışında, uyarı yazısının müteahhidine tebliği tarihinden başlamak üzere 10 günden az olamaz. Bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikme cezasının uygulanmasını da engellemez.

Verilen bu süre içerisinde, uyarı yazısındaki talimata uyulmaz ise ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın idare, sözleşmeyi bozmak hak ve yetkisine sahiptir.

Dava Hakkı

Sözleşme şartname ve sözleşme hükümlerine göre yerine getirilmesi veya müteahhitin işin herhangi bir safhasında taahhütünden vazgeçmesi halinde idare, Borçlar Kanununun 106-108 nci maddeleri hükümleri (genel hükümler) çerçevesinde işin tamamlatılması ve idare zararlarının ödenmesini temin etmek üzere, sözleşmesinin feshedilmesi yerine dava yoluna da başvurabilir. Ancak sözleşmenin belirtilen şartlar altında feshedilmiş olması idarenin dava yoluyla gecikme tazminatı, müsbet zarar ve menfi zarar tazminatı isteyebilme hakkını elinden almaz.

Nitekim 1998 yılı İhale Genelgesinin⁽¹⁾ "Sözleşme Hükümlerinin Yerine Getirilmesi" başlıklı maddesi; müteahhit ve müşterinin kendi kusu-

(1) Söz konusu Genelge 17.3.1998 tarih 23289 sayılı R.G.'de yayınlanmıştır.

ruyla temerrüde düşmesi sonucu idarece sözleşme feshedilmişse özellikle Borçlar Kanununun 106-108 nci maddeleri, istisna akitlerinde ise ayrıca 355-371nci maddelerin uygulanmasını hüküm altına almıştır. Bununla beraber müteahhit ve müşterinin Medeni Kanunun 2 nci maddesinde "bir hakkın sırf gayri izrar eden suistimalini kanun himaye etmez." hükmündeki objektif iyiniyet kuralına aykırı hareket etmesi halinde, idarenin bundan doğan hertürlü zarar ve ziyanını, bu maddeye aykırı davranılıp davranılmadığı hususunun davayı gören yargıcın taktirine bağlı olması nedeniyle, dava yoluyla takip etmesi gerektiği ve 2886 sayılı Kanunun 62,66,68 ve 69 uncu maddelerine göre sözleşmesinin feshedilmesi halinde, idarelerin gerek fesih tarihinden önceki geriye dönük, gerekse fesih tarihinden sonra doğacak ileriye yönelik zarar ve ziyanları için "fazlaya dair haklarının saklı tutulduğu" da belirtmek suretiyle dava açmaları gerekmekte olduğu vurgulanmaktadır.

Konu ile alakalı olan bir Yargıtay Kararında davacı idare; 2886 sayılı Yasanın 36 ncı maddesine göre ihalesini gerçekleştirdiği kuru gıda temini işi yüklenicinin (davacı) ihale konusu nohutun 2 nci taksiti olan 15.000 kg'ı süresi içerisinde teslim etmemesi nedeni ile sözleşmeyi feshettiği ve ihale konusu satınalımı pazarlıkla yaptığı ve sonuçta pazarlıkla temin ettiği nohut fiyatının ihale fiyatından yüksek olmasının hazine zararına sebep olduğu düşüncesinden hareketle, yüklenici aleyhine dava açmış ve hazine zararının tahsilini istemiştir. Davalı yüklenici ise, sözleşmesinin feshedilip teminatının irat kaydedilmesinden dolayı kendisine ceza uygulandığını, şartnamede iki ihale arası farkın tahsiline ilişkin bir hüküm olmadığını, kendisine ihalelere katılma yasağı verildiği ve davanın Medeni Kanunun 2 nci maddesine aykırı olduğunu savunmuştur. Mahkeme ise davanın esasının iki ihale arasındaki farkın tahsili istemine ilişkin olduğu ve birinci ihalenin koşul ve şartlarının ikinci ihalede değiştiği gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Davacı idarenin ilgili kararı temyiz etmesi üzerine Yargıtayca bu karar bozulmuştur. Yargıtay'ın gerekçeli kararında⁽²⁾ özetle:

"İhale Kanununun 62 nci maddesindeki (zarar yönünden) genel hükümlere yollama dolayısıyla idare, satıcının sözleşmeye aykırı davranmasından dolayı sözleşmeyi feshetmesi halinde yeniden satın alma dolayısıyla uğradığı zararı BK. nun 106 ve 108 inci maddeleri hükümleri uyarınca davalıdan talebe yetkilidir. Davacının burada isteyebileceği zararı, davalı ile ilk sözleşmeyi yaparak o tarihte başkası ile akit yapma imkanını kaçırmış olmasından kaynaklanan zarardır. Sözleşmenin feshi tarihi ve 10 günlük süre nazara alınırsa 2. satıştan 14.3.1986 gününde yapılmasında gecikme bulunmamaktadır.

(2) Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 4.7.1998 tarih ve E. 198/2643.K. 1988/3632 sayılı kararı

Mahkemece, bilirkişi aracılığıyla davacının ilk sözleşme tarihinde aynı malı satın alabileceği fiyat tesbit edilerek, bu fiyata ve 2. ihale bedeline göre zarar belirlemeli ve bundan gelir yazılan teminat varsa bu tutar indirildikten sonra kalana hükmedilmelidir. 2886 sayılı Kanuna göre burada, davacı, zararını 2 ihale farkına göre değil, umumi hükümlere göre talebe haklı olduğundan, 2. alısta ihale usulünün değişmesi ve özellikle pazarlık suretiyle alış-veriş yapılmış olması sonucu etkili değildir. İdare zararını isteyebilir; aksine düşüncelerle verilen karar yasaya aykırıdır. Karar bu nedenlerle bozulmalıdır."

Denilmektedir.

Sözleşmenin Bozulmasının Nedenleri

- Sözleşmenin feshi halinde 2886 sayılı Yasanın 62 nci maddesi gereğince yüklenicinin kesin teminatı tedavüldeki türk parası ise doğrudan doğruya; banka teminat mektubu ise bankadan tahsil edilmek suretiyle, Devlet tahvili ve Hazine kefaletine haiz tahviller ise paraya çevirmek suretiyle gelir kaydedilir. Gelir kaydedilen kesin teminat yüklenicinin borcuna mahsup edilmez.

Teminatın irad kaydedilmesi gerektiği halde kayda geçirmeden müteahhide iade eden sorumlular hakkında Sayıştay tazmin hükmü vermiştir. Belediye Temizlik İşleri Müdürlüğünde kullanılmak üzere ihalesi yapılan 2 adet döner kazanlı özel sıkıştırılmalı çöp kamyonu yapım işinin zamanında yerine getirilmemiş olması dolayısıyla şartname esaslarına göre belediye başkanı tarafından sözleşmenin tek taraflı olarak feshedildiği, buna rağmen Bankasından alınan TL'si tutarı teminat mektubunun gelir kaydedilmeyerek ilgiliye iadesi üzerine teminat tutarı kadar Sayıştay Dairesince tazmin hükmü verilmesi üzerine konu Sayıştay Temyiz Kurulu'nda görülmüş ve " 2886 sayılı Yasanın 62 nci maddesi hükmü karşısında taahhütünü zamanında yerine getirmeyen müteahhitden, ihale sırasında alınan TL'si teminat mektubu gelir kaydedilmediği gibi muhasebe kayıtlarına da intikal ettirilmeden iadesi üzerine verilen tazmin hükmünün tastikine "şeklinde karar verilmiştir⁽³⁾

- Bozulan sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır ve böylece müteahhidin idare ile ilişkisi kesilmiş olur. Bunun için sözleşmesinin bozulmasına ait onay tarihinden işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından müteahhit veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir "Durum Tespit Tutanağı" düzenlenir.

(3) Sayıştay Temyiz Kurulunun 9.2.1993 tarih ve 22931 tutanak sayılı kararı

- İlgili idare bozma işleminden sonra 2886 sayılı Yasada belirtilen usullerden herhangi biri ile ihale etmekte serbestir. Ayrıca geri kalan işlerin başka bir müteahhite ihalesinden dolayı, müteahhit herhangi bir hak talebinde bulunamaz.

- Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 48 nci maddesi uyarınca işin durmaması için idare; müteahhitin tesisleri, malzeme ocakları, ihzaratı, araç ve makinalardan gerekli gördüklerine el koymak yetkisine sahiptir.

Sözleşmenin bozulması halinde müteahhit, idarenin iznini almaksızın iş yerindeki tesislerin ve bunlarla ilgili tesisatın hiçbirini bozup yerinden kaldırmak ve işlerinde bulunan ihzarat ve diğer malzeme, araç ve makinalardan herhangi birini başka yere götürmek veya herhangi bir şekilde başkasına devretmek veyahut iş yerinde değişiklik yapmak hakkına sahip değildir. Müteahhitin bu hususlarda herhangi bir eylemini önlemek için idare, gerekli gördüğü taktirde işlerine el koyarak müteahhitin teşkilatını işbaşına uzaklaştırabilir. İdare bu tesisleri, tesisatı, ihzaratı, diğer malzemeyi, makina, araç ve yedek parçaları isterse satın alabilir. Satın alımın ne şekilde yapılacağı Bayındırlık İşleri Şartnamesinin 48 nci maddesinin (a), (b), (c) fıkralarında ayrıntılı olarak belirtilmektedir.

Eğer idare ilgili tesisler, malzeme ve diğerlerini satın almak istemez ise müteahhit, idare tarafından belirlenecek süre içinde bunları iş yerinden çıkarıp uzaklaştırmak zorundadır.

- Müteahhit ve müşteri hakkında 2886 sayılı Yasanın 84 ncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır.

Üzerinde ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhütünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhütünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit ve müşteriler hakkında da ihaleyi yapan bakanlık ve ilgili bakanlık tarafından bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar R.G.'de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.

- 62 nci maddede geçen"hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir." hükmünden anlaşılan Borçlar Kanununun 106-108 nci maddeleri uyarınca dava açılarak sözleşmenin feshinden doğan idare zararının tazmininin sağlanmasıdır. İdare, taahhütün yerine getirilmesini ve gecikme nedeniyle zarar ve ziyan talep edilebileceği gibi taahhütün ifasından ve gecikme nedeniyle zarar ziyan talebinden vazgeçerek işin yapılmamasından doğan zarar ve ziyayı da isteyebilir.

Devlet İhale Genelgesinin bu meyanda idarelere yüklediği yükümlülüklerin neler olduğu ile idarelerin dava haklarını ne şekilde kullanabilecekleri hususları yukarıda "**dava hakkı**" başlığı ile incelendiğinden burada ayrıntıya girilmemektedir.

Sözleşmenin Bozulmasına İdarenin Neden Olması Durumu

Müteahhit ve müşterinin sözleşmenin bozulmasına neden olması 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde belirtildiği şekilde yer almıştır. Ancak idarenin sözleşmenin bozulmasına sebep olması durumu açıklığa kavuşturulmamış ve bu hususa sözü edilen mevzuat herhangi bir hüküm getirmemiştir. Sözleşme iki tarafı bulunan bir işlem olduğuna göre kendisine düşen görevi yerine getirmeyen taraf (müteahhit veya idare) Borçlar Yasasının genel hükümlerine giderek dava yoluyla hak talep edebilir kanaatindeyiz.

Nitekim akti fesheden yüklenici İstanbul Asliye 6. Ticaret Mahkemesinin 1986/614 esas sayılı dosyasıyla açtığı dava sonunda davacının (yüklenici) haklı sebeplerle akti feshettiğini tespit ettirmiş ve akti fesheden davacının B.K. 'nun 108 nci maddesi uyarınca manfi zararını talep etmede haklı olduğu, ancak müsbet zararlardan sayılan kâr kaybının ise istenemeyeceği istikametinde Yargıtayın bir kararı⁽⁴⁾ bulunmaktadır. Bununla beraber iş kalemlerinde yapılan değişiklik veya keşifler arasında önemli olmayan farklar sözleşmeyi bozmayı gerektirmez. Bu değişiklikleri "esaslı hata" sayarak işi bırakan yüklenici, idarenin katlandığı zararları tazminle yükümlü tutulmuştur.

Sözleşmenin Müteahhitin Kusuruyla Bozulması Onun Alacaklarını Etkiler mi?

Karşılıklı aktedilen sözleşmenin yüklenici kusuruyla bozulması onun istihkak ve fiyat farkı alacağını etkilemeyecektir.⁽⁵⁾

Öte yandan tazminat davası açmayan idare, müteahhitin tahakkuk etmiş alacakları üzerinde hapis hakkını kullanamayacaktır. Zira işin yapılması için sözleşmede belirtilen süreye rağmen müteahhitin (başka bir iş alması gibi) herhangi bir nedenle iş yapmada gecikmesi sübjektif bir imkansızlık mahiyetindedir. Bu duruma müteahhit sebep olduğuna göre iş sahibi olan idareye karşı borcundan kurtulamaz. Ancak yüklenicinin ise devam etmemesi sonucu, sözleşme iş sahibi tarafından feshedilmiş ise, bu durum müteahhitin hak etmiş olduğu paraları almasına engel olmaz. Böyle bir durumda idare, işe devam etmemesi nedeniyle uğradığı zararı tazminat davası yoluyla müteahhitden isteme hakkına sahiptir. Böyle bir tazminat davası açmayan idarenin müteahhitin tahakkuk etmiş alacakları üzerinde hapis hakkını kullanması doğru olamaz.⁽⁶⁾

(4) Yargıtay 15. H.Dairesinin 28.6.1996 tarih, E.3436, K. 3993 sayılı kararı.

(5) Yargıtay 15. H.Dairesinin 11.10.1974 tarih, E. 984, K. 1138 sayılı kararı.

(6) Yargıtay 3. H.Dairesinin 16.05.1960 tarih, E. 3642, K. 8226 sayılı kararı.

Haklı Bir Nedene Dayanarak Feshedilen Sözleşmenin Yeniden Varlık Kazanması Mümkün müdür?

Yapılan iki muayene sonunda davacının (yüklenici) mukavele şartlarına uygun biçiminde mal teslim etmediğinin anlaşılması üzerine sözleşmesi feshedilerek teminatı irad kaydedildikten sonra idarenin bir yazı üzerine, akit yürürlükte imiş gibi müteahhitden mal alınmasını Yargıtay, B.K.'nun 61. maddesi gereğince "sebebsiz mal edinme" hükmüne sokmuş ve aktin haklı bir sebep dayanılarak selahiyetli bir makam tarafından feshedildikten sonra, aynı makamın feshedilmiş akte dayanarak yazı yazması üzerine aktin yeniden varlık kazanamayacağına; bilhassa İhale Yasasına tabi akitlerde, mukavele kaide olarak aktin geçerlilik şekline ilişkin olduğundan, ilgili mukavelenin yeniden geçerli olması için yazılı mukavele yapılmasının Yasanın gereklerinden olduğuna ve ilgili idarenin feshedilmiş olan mukaveleye dayanarak yazmış olduğu yazı ile feshedilmiş bir mukavelenin yeniden ihya edilemeyeceğine karar vermiştir.⁽⁷⁾ ◆

(7) Yargıtay 4. H.Dairesinin 19.12.1985 tarih, E. 8855, K. 8226 sayılı kararı.